

**INSTITUTO BRASILEIRO
DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO,
FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO
- IBEDAFT -**

Revista do
IBEDAFT



Ano 6 – Vol. XII – jul/dez/2025
Publicação semestral oficial do
Instituto Brasileiro de Estudos de Direito
Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.



Composição do Conselho Editorial da Revista do IBEDAFT

Presidente: Alberto Shinji Higa

Coordenador Geral: Francisco Pedro Jucá

Subcoordenador-Geral: Renan Clemente Gutierrez

Coordenadores de Direito Administrativo: Alberto Shinji Higa

Coordenador de Direito Financeiro: Kiyoshi Harada

Coordenador de Direito Tributário: Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Coordenadora de Direito Constitucional: Maria Cláudia de Carvalho Gallon

Coordenador de Direito Penal: Warley Belo

Membros

Adilson Abreu Dallari

José Mauricio Conti

Antonio Francisco Costa

Marcos Abraham

Dircêo Torrecillas Ramos

Maria Claudia de Carvalho Gallon

Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Elival da Silva Ramos

Mário Ângelo Leitão Frota

Fernando Facury Scuff

Massami Uyeda

Jorge Miranda

Regis Fernandes de Oliveira

José Casalta Nabais

Sydney Sanches

Toshio Mukai

Corpo de Pareceristas Doutores

Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro

Homero Batista Mateus da Silva

Lorena de Mello Rezende Colnago

Thais Xavier Ferreira da Costa

Obs.: Os artigos publicados não refletem o pensamento da Comissão Editorial da Revista.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT

REVISTA DO IBEDAFT



AUTORES DO VOL. XII

Angélica Chamon Layoun	Juarez Arnaldo Fernandes
Antônio Francisco Costa	Kiyoshi Harada
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Frota
Eduardo Marcial Ferreira Jardim	Matheus Perez Tonioli
Ester da Silva Costa Chaves	Renan Clemente Gutierrez
Gabriel Lessa Marques da Silva	Ricardo Mariz de Oliveira
Guilherme Corona Rodrigues Lima	Warley Belo
José Mauricio Conti	

REVISTA DO IBEDAFT: VOL. 12, N. 6

© Coordenação Kiyoshi Harada, Francisco Pedro Jucá

© Editora Imperium

Catalogação na publicação Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

H298k

Publicação semestral oficial do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT / - Leme/SP: Editora Imperium, 2026.

Instituto brasileiro de estudos de direito administrativo, financeiro e tributário – IBEDAFT. / Kiyoshi Harada, Francisco Pedro Jucá – Leme/SP.

Editora Imperium, 2026.

256 p.; 16 x 23 cm

ISBN 978-65-6090-060-8

CDD 340

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito - Estudo e ensino. 2. Direito administrativo. 3. Direito Financeiro. 4. Direito tributário.
I. Harada, Kiyoshi. II. Jucá, Francisco Pedro.

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incursivo no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade do autor. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade do autor.

Direitos desta edição reservados à:

Imperium Editora e Distribuidora de Livros Ltda

Rua Ephrain Rodrigues Alves, nº 128 - Jardim Claudia

Cep: 13610-720 – Leme-SP – Tel.: (19) 3554-4109

www.editoraimperium.com.br

e-mail: editora@editoraimperium.com.br

imperium.editora@gmail.com

ARTIGOS PARA A REVISTA SEMESTRAL DO IBEDAFT – Vol. XIII

Os interessados poderão encaminhar seus artigos endereçados para Kiyoshi Harada: kiyoshi@haradaadvogados.com.br; Francisco Pedro Jucá: francisco.juca@trtsp.jus.br ou Renan Clemente Gutierrez: renan-clemente@hotmail.com obedecidos os seguintes parâmetros:

1 – Textos de 15 a 20 páginas no máximo, em papel A4 em formato Word; fonte Times New Roman; tamanho 12; espaçamento entre linhas = 1,5; recuo à esquerda; notas de rodapé, tamanho 10 utilizando-se a mesma fonte. Textos em PDF não serão aceitos.

2 – O Artigo deverá ser inédito e versar sobre temas de Direito Administrativo, Financeiro, Tributário, Constitucional e Penal articulado com Direito Administrativo, Financeiro, Tributário ou Constitucional, contendo os seguintes requisitos:

- a) Título em bilíngue;**
- b) Abaixo do título o nome do autor com breve currículo no rodapé citando até duas titulações, além do endereço eletrônico;**
- c) Resumo em bilíngue;**
- d) palavras chaves em bilíngue;**
- e) Sumário em português mediante utilização de algarismo arábico para enumeração dos itens.**

3 – Os textos não devem conter negritos, sublinhamentos ou sombreamentos, devendo utilizar o itálico quando quiser dar destaque à palavra ou à frase.

4 – O envio de artigo implica cessão de direitos autorais para sua publicação na Revista do Ibedaft com exclusividade ou qualquer outro veículo de sua indicação.

5 – Prazo de entrega dos artigos para compor o Volume XIII da Revista: (jan/jun/2026): 30 DE ABRIL DE 2026.

AUTORES DO VOL. XII

Angélica Chamon Layoun
Antônio Francisco Costa
DircêoTorrecillas Ramos
Eduardo Marcial Ferreira Jardim
Ester da Silva Costa Chaves
Gabriel Lessa Marques da Silva
Guilherme Corona Rodrigues Lima
José Maurício Conti
Juarez Arnaldo Fernandes
Kiyoshi Harada
Mário Frota
Matheus Perez Toniolli
Renan Clemente Gutierrez
Ricardo Mariz de Oliveira
Warley Belo

SUMÁRIO

Membros da Diretoria e dos Conselhos do IBEDAFT	15
– Diretoria	15
– Conselho Fiscal	15
– Conselho Superior de Orientação	16
Quadro de associados do IBEDFT	17
Associados estrangeiros	22
Composição do Conselho Editorial	23
Palavras do Presidente do IBEDAFT.....	25
<i>Kiyoshi Harada</i>	
Apresentação do Coordenador Geral	27
<i>Francisco Pedro Jucá</i>	

ARTIGOS

I - A JUSTIÇA E O PODER DO ESTADO	31
<i>Antonio Francisco Costa</i>	
Introdução.....	32
1. Criação das leis	33
2. A legitimação do estado pelo Contrato Social	35
3. O Estado constitucional	36
4. A justiça pode prejudicar o estado?	36
5. Como o Estado se relaciona com o poder judiciário?	38
6. Por que o poder estatal depende da justiça?	39
7. Qual a exata função do Estado?	40
8. De que forma o poder estatal pode corrigir possíveis distorções da justiça?	41
9. Como a justiça se revela atuando em contrariedade à ordem jurídica?	41
10. A justiça e o alinhamento com o poder estatal. Referências.....	42
II - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	45
<i>Dircêo Torrecillas Ramos</i>	
Introdução.....	45
1. Estado.....	46
2. Democracia	47
3. Direito	57
4. Estado Democrático de Direito	57

SUMÁRIO

5. Soberania	58
6. Separação de Poderes (Funções).....	61
7. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	65
8. Conclusões.....	66
9. Bibliografia	67
III - ESTUDO SOBRE FINANÇAS PÚBLICAS E TRIBUTAÇÃO NO BRASIL E NOS EUA	71
<i>Angélica Chamon Layoun</i>	
<i>Eduardo Marcial Ferreira Jardim</i>	
Introdução.....	72
1. Tributação no Brasil e nos Estados Unidos	73
2. Unidades Federadas sem autonomia financeira	74
2.1 A equivocidade da chamada guerra fiscal	77
3. Estados e cidades norte-americanas ao lume das finanças públicas e tributação	78
4. Cenário comparado. Brasil e EUA.....	79
Conclusões	80
Propostas	81
Referências.....	81
IV - SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E EXCLUSÃO À LUZ DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS	83
<i>Ester da Silva Costa Chaves</i>	
Introdução.....	84
1. Das Modalidades de Suspensão, Extinção e Exclusão à luz do ICMS.....	85
2. A Reforma Tributária e o ICMS.....	87
Considerações finais	88
Referências	89
V - SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS PÓS-LC Nº 208/2024: DA POTENCIALIDADE LEGAL À PARALISIA FÁTICA.....	91
<i>José Maurício Conti</i>	
<i>Guilherme Corona Rodrigues Lima</i>	
1. Contexto fiscal e o advento da Lei Complementar 208/2024	92
2. O artigo 39-A da Lei 4.320/1964	94
3. A natureza jurídica da operação de securitização.....	96
4. O legado de desconfiança e a vinculação dos recursos	98
4.1. A vedação da Lei Complementar nº 148/2014 e o fantasma do “Escândalo dos Precatórios”	98
4.2. A vinculação dos recursos securitizados e seus limites operacionais.....	99

SUMÁRIO

5. Os órgãos de controle e o risco de responsabilização	100
5.1. A posição dos Tribunais de Contas	100
5.2. A escolha e a precificação do ativo: deságio, valor presente líquido (VPL) e a metodologia de impairment – evitando o dano ao erário	105
6. Modelagem operacional e estruturação da cessão.....	107
6.1. A vantagem do FIDC: licitação (Lei 14.133) e regulação (CVM 175) ..	108
6.2. A opção pela SPE Estatal: análise da dispensa de licitação.....	108
7. O ecossistema concorrente: alternativas da CL 212/2025.....	109
Conclusão	110
Referências	111

VI - UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI BENÉFICA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO E PENAL COM A INCLUSÃO DO §9º-A NO ART. 25 DO DECRETO

Nº 70.235/72.....	113
--------------------------	------------

Juarez Arnaldo Fernandes

1. Introdução.....	114
2. Contexto jurídico e efeitos do § 9º-A	115
3. Interpretação do termo “multas”	116
4. Retroatividade e fundamentos legais.....	116
5. Integração normativa e princípios aplicáveis.....	119
6. Anistia e natureza híbrida da norma	120
7. Conclusão	125
8. Referências	126

VII - PARECER JURÍDICO SOBRE COMPENSAÇÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA COM TRIBUTOS FEDERAIS

129

Kiyoshi Harada

Marcelo Kiyoshi Harada

Parte I: Da consulta	130
Parte II: Introdução	132
1. Da validade dos títulos sob consulta	134
2. Da imprescritibilidade do título sob exame.....	136
3. Cessão dos títulos e seu aproveitamento para compensação tributária	138
4. Resposta aos quesitos	144

VIII - DO NOVO REGIME DO CRÉDITO AO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA: POR UM CONTRATO PRENHE DE CAUTELAS.....

149

Mário Frota

I. Preliminares	150
-----------------------	-----

SUMÁRIO

1. Do crédito selvagem ao crédito responsável	150
2. Os tópicos essenciais da Directiva de 2008	152
3. As linhas mestras da Directiva de 2023	153
II. Contrato de crédito ao consumidor.....	155
1. Noção: elementos essenciais	155
2. Âmbito	158
3. Exclusões	163
III. Aspectos contrastivos com o regime anterior.....	165
1. Preliminares negociais.....	165
2. A avaliação da solvabilidade dos aspirantes ao crédito	168
3. Período de ponderação ou reflexão.....	176
Bibliografia.....	181

IX - PARECER JURÍDICO: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS INDEVIDAS E ETAPA DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL EM CONCURSO PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO..... 183

Matheus Perez Toniolli

Gabriel Lessa Marques da Silva

Introdução.....	184
1. Contexto Fático e Documentos.....	185
2. Análise do Edital do Concurso e da Legislação Municipal	186
3. Presunção de Inocência e Impossibilidade de Eliminação	191
4. Alternativas Jurídicas Preventivas	194
Conclusão	197

X - IMPOSTO SELETIVO, LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA..... 199

Renan Clemente Gutierrez

Introdução.....	200
1. Comentos a respeito do Imposto Seletivo	201
2. Livre iniciativa e livre concorrência como fundamento e princípio da ordem econômica.....	202
2.1. Livre iniciativa como fundamento da ordem econômica e da República	203
2.2. Livre concorrência como princípio da ordem econômica.....	204
3. A relação da tributação com a livre iniciativa e da livre concorrência	206
4. Imposto Seletivo e a possível distorção na livre iniciativa e livre concorrência	209
4.1. Possíveis impactos na livre iniciativa	210
4.2. Possíveis impactos na livre concorrência	212
Notas de conclusão	214
Referências	215

XI - O CRIME HOJE..... 217

Ricardo Mariz de Oliveira

SUMÁRIO

XII - CRIME ORGANIZADO, NARCOTERRORISMO E A (DES)ORDEM ESTATAL: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI ANTIFACÇÃO E DA CRIMINALIDADE DE COERÇÃO TERRITORIAL.....	227
<i>Warley Belo</i>	
1. Introdução e tese	229
2. Marco jurídico essencial inexistente: a zona cinzenta	230
3. Soberania fragmentada? Hobbes, Rousseau, Weber, Canotilho e a realidade brasileira	238
3.1. Hobbes: do estado de natureza à paz civil pelo Leviatã	239
3.2. Rousseau: contrato social e liberdade civil	240
3.3. Weber: monopólio legítimo da força e aceitação da dominação	241
3.4. Canotilho: elementos constitutivos — povo, território, soberania	242
3.5. Realidade brasileira: Estado paralelo e micro-soberanias?	243
4. Política criminal: legislação criminal de emergência	246
5. Economia do crime e lavagem de dinheiro	250
6. Conclusão	252
7. Síntese das conclusões	253
8. Referências bibliográficas	255
9. Legislação e atos normativos	256

Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT

Quadriênio 2023-2027

Diretoria

Presidente – Kiyoshi Harada

1º Vice-Presidente – Marcelo Campos

2º Vice-Presidente – Marcelo Kiyoshi Harada

3º Vice-Presidente – Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Secretário-Geral – Fabiane Louise Taytie

Primeiro Secretário – Maria Cláudia de Carvalho Gallon

Tesoureiro Geral –Jennifer Pereira Simão Verospi

1º Tesoureiro – Solange Mesquita

Conselho Fiscal

Efetivos:

1 – Alberto Shinji Higa

2 – Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

3 – Marcelo Borlina Pires

Suplentes:

1 – Diógenes de Brito Tavares

2 - Daniel Geoffroy

3 – Aline Aparecida da Silva Tavares

Membros do Conselho Superior de Orientação

- 1 – Adilson Abreu Dallari
- 2 – Antonio Francisco Costa
- 3 – Aurélio Nomura
- 4 – Carlos Augusto Gobbi
- 5 – Cleide Regina FurlaniPompermaier
- 6 – Doris de Miranda Coutinho
- 7 – Elival da Silva Ramos
- 8 – Everardo Maciel
- 9 – Felícia Ayako Harada
- 10 – Fernando FacuryScaff
- 11 – Francisco Pedro Jucá
- 12 – Francisco Rezek
- 13 – Ivette Senise Ferreira
- 14 – José Maurício Conti
- 15 – Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
- 16 – Marcos da Costa
- 17 – Maria Sylvia Zanella Di Pietro
- 18 – Marilene Talarico Martins Rodrigues
- 19 – Massami Uyeda
- 20 – Paulo de Barros Carvalho
- 21 – Regis Fernandes de Oliveira
- 22 – Renan Clemente Gutierrez
- 23 – Roque Antonio Carraza
- 24 – Ruy Martins Altenfelder Silva
- 25 – Sydney Sanches

Quadro de associados do IBEDAFT

Lista numérica de associados do IBEDAFT

1. Adilson Abreu Dallari
2. Agostinho Toffoli Tavolaro
3. Alberto Shinji Higa
4. Alfredo Portinari Greggio Lucente Maranca
5. Aline Aparecida da Silva Tavares
6. Antonio Francisco Costa
7. Antonio Urbino Penna Jr
8. Arthur Bezerra de Souza Junior
9. Aurélio Nomura
10. Betina TreigeGrupenmacher
11. Bonfilio Alves Ferreira
12. Bruno Romano
13. Carlos Augusto Gobbi
14. Carlos Figueiredo Mourão
15. Carlos Roberto de Alckmin Dutra
16. Carmen Silvia Válio de Araujo Martins
17. Christianne de Carvalho Stroppa
18. Cleide Regina FurlaniPompermaier
19. Daniel Geoffroy
20. Daniel Biagini Brazão Bartkevicius
21. Daniel Oliveira Matos
22. Danielle Nascimento de Souza Linhares
23. Di Bonetti
24. Diógenes de Brito Tavares

25. Dircêo Torrecillas Ramos
26. Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho
27. Edilberto Carlos Pontes Lima
28. Edson Emanoel Simões
29. Eduardo Jorge Lima
30. Eduardo Marcial Ferreira Jardim
31. Eduardo Sérgio Sousa Medeiros
32. Eduardo Tuma
33. Edvaldo Pereira de Brito
34. Elisabeth Libertuci
35. Elival da Silva Ramos
36. Endrigo Fabiano Ribeiro
37. Érico Della Gatta
38. Esther Seiko Yoshinaga
39. Everardo de Almeida Maciel
40. Fabiane Louise Taytie
41. Felicia Ayako Harada
42. Fernando Barboza Dias
43. Fernando de Souza
44. Fernando Facury Scaff
45. Fernando Fracari Vargas
46. Filipe Piazzi Mariano da Silva
47. Flávio Garcia Cabral
48. Francisco Pedro Jucá
49. Francisco Rezek
50. Gustavo Andre Muller Brigagão
51. Hamilton Dias de Souza
52. Helcio Honda

53. Héleno Taveira Torres
54. Hélio José Machado
55. Henrique Nelson Calandra
56. Ivette Senise Ferreira
57. Jane Cleide Alves da Silva
58. Jennifer Pereira Simão Verospi
59. JoTatsumi
60. José Bazilio Teixeira Marçal
61. José Mauricio Conti
62. José Renato Nalini
63. José Soares Ferreira Aras Neto
64. Josinaldo Leal de Oliveira
65. Juarez Arnaldo Fernandes
66. Juliana Assolari Adamo Cortez
67. Kiyoshi Harada
68. Kristian Rodrigo Pscheidt
69. Laercio Guerra Silva
70. Léo da Silva Alves
71. Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
72. Luciano de Almeida Pereira
73. LuisAntonio Flora
74. Luiz Fernando Ferraz de Rezende
75. Luiz Gonzaga Bertelli
76. Luiz Henrique Sormani Barbugiani
77. Marcelo Baptistini Molero
78. Marcelo Borlina Pires
79. Marcelo Campos
80. Marcelo Kiyoshi Harada

81. Marcio Ferraz Nunes
82. Marcos da Costa
83. Marcus Abraham
84. Maria Claudia de Carvalho Gallon
85. Maria Garcia
86. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
87. Marilene Talarico M. Rodrigues
88. Massami Uyeda
89. Massami Uyeda Junior
90. Matheus Perez Toniolli
91. Michel Temer
92. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
93. PatriciaMayumi Murakami
94. Paulo Ayres Barreto
95. Paulo de Barros Carvalho
96. Rafael Albertoni Faganello
97. Raphael Silva Rodrigues
98. Regis Fernandes de Oliveira
99. Renan Clemente Gutierrez
100. Renato Akira Shimmi
101. Rita De Cássia De França Carneiro Agra
102. Robson dos Santos Amador
103. Ronaldo Chadid
104. Roque AntonioCarrazza
105. Ruy Martins Altenfelder Silva
106. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
107. Sebastião Helvecio Ramos de Castro
108. Solange Mesquita

109. Sydney Sanches
110. Sylvio Toshiro Mukai
111. Talita Pimenta Félix
112. Thais Fernanda Borba dos Santos
113. Thais Xavier Ferreira da Costa
114. Thiago Glucksmann de Lima
115. Toshio Mukai
116. Wagner Seian Hanashiro
117. Walter Carvalho Monteiro Britto
118. Waneska Leticia dos Santos Fragoso Sarmento
119. Warley Belo

Associados estrangeiros

1. Alejandro Martínez Dhier
2. Ana Claudia Barbuda
3. Carlo Bosna
4. Clareth José MuniveMeek
5. Daniel Terrón Santos
6. Fernando Rey Martínez
7. Guillermo Orozco Pardo
8. Jorge Manuel Moura Louveiro de Miranda
9. José Casalta Nabais
10. José María Lago Montero
11. Juan Fernando Durán Alba
12. Mário Ângelo Leitão Frota
13. Marta Morillas Fernández
14. Raffaele Chiarelli
15. Ricardo Jorge Klass
16. Tiago Serrão

Composição do Conselho Editorial da Revista do Ibedaft

Presidente: Alberto Shinji Higa

Coordenador-Geral: Francisco Pedro Jucá

Subcoordenador-Geral: Renan Clemente Gutierrez

Coordenadores de Direito Administrativo: Alberto Shinji Higa

Coordenador de Direito Financeiro: Kiyoshi Harada

Coordenador de Direito Tributário: Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Coordenadora de Direito Constitucional: Maria Cláudia de Carvalho
Gallon

Coordenador de Direito Penal: Warley Belo

Membros:

Adilson Abreu Dallari

Antonio Francisco Costa

Dircêo Torrecillas Ramos

Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Elival da Silva Ramos

Fernando FacuryScaff

Jorge Miranda

José Casalta Nabais

José Mauricio Conti

Marcos Abraham

Maria Claudia de Carvalho Gallon

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Mário Ângelo Leitão Frota

Massami Uyeda

Regis Fernandes de Oliveira

Sydney Sanches

Toshio Mukai

Corpo de Pareceristas Doutores

Erotilde Ribeiro Dos Santos Minharro

Homero Batista Mateus Da Silva

Lorena De Mello Rezende Colnago

Thais Xavier Ferreira Da Costa

PALAVRAS DO PRESIDENTE DO IBEDAFT



Kiyoshi Harada

*Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos
de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.*

No 6º ano de fundação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT – chegamos ao volume 12 de nossa Revista Semestral, alusivo aos meses de julho a dezembro de 2025.

A Revista é composta de 12 artigos pertinentes às áreas de direito administrativo, financeiro, tributário, constitucional e de direito penal em conexão com as área do direito abrangidas pelo IBEDAFT, escritos por juristas nacionais e estrangeiros que compõem o seu associativo.

Durante o ano de 2025 o IBEDAFT manteve intensas atividades, como publicação semanal de artigos no seu site www.ibedaft.com.br; realização de inúmeras lives abordando temas relevantes e atuais que desafiam a mente dos juristas, notadamente, debatendo, reiteradas vezes, a

reforma tributária implantada pela EC nº 132/2023 que vem preocupando a sociedade ante a entrada em vigor em 2026 do mais complicado sistema tributário de que se tem notícia na história do Brasil; outorga do Prêmio “Juristas de destaque de 2025” aos Doutores Dircêo Torrecillas Ramos, Daniel Biagini Brazão Bartkevicius e Luiz Henrique Sormani Barbugiani.

Outrossim, foi entregue o Prêmio Hely Lopes Meirelles ao jurista, Doutor Alberto Sinji Higa, em reconhecimento à contribuição dada no campo do Direito Administrativo.

O 5º Seminário Internacional de Direito Público, programado para acontecer na Universidade do Chile não se realizou por razões alheias à nossa vontade, mas daremos prosseguimento a esse Seminário no ano de 2026 em uma das cidades de nosso Estado.

Por derradeiro queremos agradecer profundamente aos membros da Diretoria, do Conselho Fiscal, do Conselho Superior de Orientação e aos estimados associados, sem os quais o nosso trabalho não seria viabilizado.

Agradecemos, igualmente, ao Coordenador Geral da Revista, Prof. Francisco Pedro Jucá, e ao Sub-Coordenador, Prof. Renan Clemente Gutiérrez pela inestimável colaboração na obtenção dos textos publicados neste volume 12.

Kiyoshi Harada
Presidente do IBEDAF

APRESENTAÇÃO DO COORDENADOR GERAL



Francisco Pedro Jucá

Com imensa satisfação e regozijo apresentamos ao público o número 12 da Revista do IBEDAFT, coroando o sexto anos de atividades ininterruptos, sob a orientação precisa, serena e segura do Eminente Jurista KIYOSHI HARADA. Sem dúvidas é generoso fruto de todo um trabalho ingente, delicado e permanente de todos quantos se mantém empenhados no labor de uma Instituição que desde seus primeiros momentos vem emprestando significativa contribuição ao desenvolvimento da Ciência Jurídica e ao aperfeiçoamento constante das Instituições, oferecendo contribuição de qualidade à sociedade.

O IBEDAFT vem atuando ao longo do tempo em articulação e cooperação com entidades congêneres, ampliando, substancialmente, a amplitude de sua atuação e maximizando os efeitos de suas atividades, seja destacando personalidades expressivas para o Mundo do Direito, com a produção de obras coletivas, seja realizando premiações de Juristas de Destaque a cada ano, seja premiando juristas que engrandecem o Direito com suas contribuições, ou, ainda, com participação direta em eventos de relevância, como o 8º Congresso Internacional de Direito Financeiro, acontecido em novembro último em Cuiabá, no qual o Presidente KIYOSHI HARADA teve participação exponencial, sendo festejado por todos quantos

acompanharam sua atuação no evento em magistral Conferência, que repercutiu intensamente na Imprensa local.

Conclui-se mais um ano, e ao mesmo tempo se prenuncia o seguimento da fulgurante jornada do IBEDAFT em 2026, seguramente com mais, maiores e mais importantes atividades e realizações.

Estimula e alimenta esta expectativa o fato de se chegar ao 12º número da Revista do IBEDAFT, testemunhando sua regularidade e, sobretudo, sua aceitação pelo público, sugerindo a condição de referência na temática que vem abordando ao longo de todos estes anos.

Neste 12º número, com a qualidade de sempre, se oferece ao leitor os estudos de Antônio Francisco Costa sobre A Justiça e o poder do Estado, e do Prof. Dr. Dircêo Torrecillas Ramos versando sobre o Estado Democrático de Direito.

Os festejados Juristas Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Angélica Chamon Layoun nos brindam com o precioso trabalho sob o título Estudo sobre finanças públicas e tributação no Brasil e nos EUA; e a jurista Ester da Silva Costa Chaves contribui com o importante estudo Suspensão, extinção e exclusão à luz do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-ICMS.

O Prof. Dr. José Maurício Conti e o Jurista Guilherme Corona Rodrigues Lima nos trazem Securitização de créditos públicos pós LC n. 208/2024: da potencialidade legal à paralisia fática, e o Jurista Juarez Arnaldo Fernandes contribui com o interessante Uma análise sobre a aplicação retroativa da lei benéfica no âmbito tributário e penal com a inclusão do §9º-A, no art. 25 do Decreto nº 70.235/72.

O Presidente do IBEDAFT, Jurista Kiyoshi Harada e o também Jurista Marcelo Kiyoshi Harada trazem à luz rico parecer sobre Compensação de títulos da Dívida externa em tributos federais.

O reconhecido jurista português Mário Frota nos brinda com o estudo Do novo regime de crédito ao consumidor na União Europeia: por um contrato prenhe de cautelas; e os Juristas Matheus Perez Toniolli e Gabriel Lessa Marques da Silva nos oferecem parecer jurídico sobre Sanções Administrativas indevidas e etapa de investigação social em concurso público no Município de São Paulo.

O Jurista Renan Clemente Gutierrez presenteia com o brilhante Imposto Seletivo, Livre Concorrência e Livre Iniciativa.

Ainda no campo do Direito Público, o jurista Ricardo Mariz de Oliveira nos presenteia com O crime hoje, e o Jurista Warley Belo nos oferece Crime Organizado, narcoterrorismo e a (des)ordem estatal: análise crítica da Lei Antifacção e da criminalidade de coerção territorial.

Eis aí o opulento contributo do IBEDAFT aos estudos jurídicos, à evolução do Direito e ao aperfeiçoamento institucional, que é aspiração social e anseio de todos.

É o testemunho eloquente do perene empenho no cumprimento da missão institucional do IBEDAFT, e mesmo de sua razão de ser, é a materialização do sonho realizado do nosso Presidente, Jurista Kiyoshi Harada, e, afinal de todos os que empregamos esforços neste nobre objetivo.

Como sempre, tem-se a segurança de afirmar que temos em mãos leitura mais do que útil, obrigatória, para todos quantos vivemos o Direito.

Francisco Pedro Jucá

Coordenador Geral da Revista do IBEDAFT

I

A JUSTIÇA E O PODER DO ESTADO JUSTICE AND THE POWER OF THE STATE

Antonio Francisco Costa¹

Resumo: Os aspectos estruturais do Estado Constitucional e o papel da Justiça são instrumentos de transformação social, redução das desigualdades e mantenedores da paz social. Em vista disso, o presente artigo busca analisar a relação entre Justiça e Poder Estatal, destacando a importância da independência entre os Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – como base das democracias modernas. Discute-se como o Poder Legislativo cria leis, o Executivo garante sua aplicação e o Judiciário atua como guardião da Constituição, controlando abusos e assegurando direitos fundamentais. Porém, as fragilidades do sistema judicial, como morosidade e politização de decisões, podem comprometer a credibilidade da Justiça e afetar o equilíbrio democrático. Por fim, são discutidos que mecanismos podem ser empregados na correção de distorções judiciais e de que forma o Judiciário deve se alinhar harmonicamente com o Poder Estatal sem comprometer sua autonomia e imparcialidade.

Palavras-chaves: Justiça; Poder Estatal; Separação de Poderes; Poder Judiciário; Constituição Federal; Controle de Constitucionalidade.

Abstract:

Abstract: The structural aspects of the Constitutional State and the role of Justice are instruments of social transformation, the reduction of inequalities, and the maintenance of social peace. In this context, the present article seeks to analyze the relationship between Justice and State Power, highlighting the importance of independence among the three branches of government –Executive, Legislative, and Judiciary – as the foundation

1. Jurista; Especialista em Ciências Jurídicas; Mestre em Administração de Empresa e Comércio Internacional; Especialista em Jornalismo Investigativo; Membro do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito Tributário, Administrativo e Financeiro – IBEDAFT, Membro da Academia Internacional de Direito e Ética – AIDE, do Instituto dos Advogados da Bahia e Presidente do Instituto Baiano de Direito Empresarial – IBADIRE, Diretor do Escritório *ANTONIO FRANCISCO COSTA Advogados Associados*; Escritor e Poeta. *afccosta49@hotmail.com*.

of modern democracies. It discusses how the Legislative Power creates laws, the Executive ensures their enforcement, and the Judiciary acts as the guardian of the Constitution, controlling abuses and safeguarding fundamental rights. However, weaknesses within the judicial system, such as procedural delays and the politicization of decisions, may compromise the credibility of Justice and affect democratic balance. Finally, the article discusses which mechanisms may be employed to correct judicial distortions and how the Judiciary should align harmoniously with State Power without compromising its autonomy and impartiality.

Keywords: Justice; State Power; Separation of Powers; Judiciary; Federal Constitution; Constitutional Review.

Sumário: Introdução. 1. Criação das leis. 2. A legitimação do estado pelo Contrato Social. 3. O Estado constitucional. 4. A justiça pode prejudicar o estado? 5. Como o Estado se relaciona com o poder judiciário? 6. Por que o poder estatal depende da justiça? 7. Qual a exata função do Estado? 8. De que forma o poder estatal pode corrigir possíveis distorções da justiça? 9. Como a justiça se revela atuando em contrariedade à ordem jurídica? 10. A justiça e o alinhamento com o poder estatal. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao se falar em JUSTIÇA, naturalmente aflora a compreensão de que, em nenhum país do mundo, a justiça se “vincula” ao Poder Executivo, em face da necessária independência dos poderes, princípio fundamental da maioria das democracias modernas.

Entretanto, sistemas jurídicos com estruturas históricas distintas, como em alguns países de tradição continental, podem apresentar instituições que historicamente atuaram mais próximas do Executivo, como é o caso dos *prud'hommes* na França e, até o ano de 2017, o da Justiça do Trabalho no México.

Se os Poderes da tríade civilizada moderna em sobre os quais se sustenta o Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, são autônomos e independentes, sem prejuízo do império da harmonia, não é razoável, nem

concebível, que o Judiciário abdique da honradez da independência e da imparcialidade aliando-se a qualquer dos dois outros Poderes, o que, de certo irá prejudicar a segurança jurídica, o bem-estar e o desenvolvimento sócio-político do Estado.

Naturalmente, a relação entre justiça e poder é intrinsecamente ligada e complexa: o poder legitima a justiça (Poder Judiciário), como uma sagrada instituição que gerencia um conjunto de leis e regras que organizam a sociedade, uma vez que a justiça, no papel do Poder Judiciário, atua como um contrapeso, garantindo que o poder não se torne tirânico, aplicando as leis de forma imparcial e protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nada obstante isto, pode-se afirmar a ideologia política que sustenta o Poder Dominante influencia diretamente na qualidade ou na imagem sócio-político da justiça. Mas, de que forma? Através da criação de Leis.

1. A CRIAÇÃO DAS LEIS

O poder político, através do Poder Legislativo é quem cria as leis que definem o que é justo na sociedade, moldando o conceito de justiça através de valores e interesses de grupos específicos, daí a convicção de que o Direito é o instrumento modelador da sociedade.

O Poder Judiciário, por seu turno, é mantido e financiado por meio de recursos do Estado, sob o gerenciamento de outra unidade de poder, o Poder Executivo, o que, assim, permite sua estrutura e capacidade de atuar, com a autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição.

De tal modo, a interpretação do Direito e a aplicação da Justiça, também podem ser influenciadas pela doutrina jurídica, que por sua vez é moldada pela relação com o Poder, como visto de modo uniforme no estudo da filosofia do Direito.

Inquestionavelmente, é cristalino que a justiça, e o Judiciário (distingua-se) controla o Poder.

Quando se fala em independência do Judiciário, é de se observar que para ser imparcial, o Poder Judiciário deve ser independente dos outros poderes, Poder Legislativo e Poder Executivo, para tomar decisões imparciais com base na aplicação objetiva das leis, sem ceder a pressões políticas.

Quanto ao chamado Controle de Constitucionalidade, significa dizer que o Poder Judiciário deve atuar como guardião da Constituição, avaliando se as leis e os atos do poder político estão em conformidade com as normas fundamentais, protegendo os direitos e os princípios democráticos.

Por conseguinte, na Resolução de Conflitos, o Poder Judiciário exerce a competente função de julgar os conflitos que ocorrem entre cidadãos, entidades e o próprio Estado, garantindo o direito de todos à busca por soluções justas.

Logo, então, a relação entre Justiça e Poder, é uma “dança delicada”, onde o Poder estabelece a estrutura e o conteúdo do Direito, e a Justiça, através do Poder Judiciário, deve servir como um importante mecanismo de equilíbrio e controle, garantindo a ordem, a paz social e a proteção dos direitos humanos, em uma Democracia.

Naturalmente que estamos a falar do Poder Estatal, que consiste na capacidade soberana do Estado em ditar leis, executá-las e julgar conflitos, com o objetivo de administrar o País e buscar o bem comum da sociedade. Um Poder que, geralmente, desdobra-se em três funções distintas, mas, formando uma tríade única de um Poder, em tese, indivisível: a função Legislativa, encarregada da criação das leis, a função Executiva, encarregada da execução das leis e da gestão pública, e, a função Judiciária, encarregada do julgamento de conflitos e aplicação da justiça. Este poder, deste modo, é exercido de forma legal e legítima, com limites para evitar abusos, sendo, assim, fundamental para a manutenção da ordem social e do funcionamento da vida pública.

Por esta ótica, vamos enxergar um Poder Originário e Soberano. O poder estatal é um poder originário, porque o Estado o possui em razão da sua própria existência, não dependendo de outra autoridade para exercê-lo, legitimado pelo Contrato Social.

O Contrato Social, tal como sugerido por Rousseau, no contexto da existência do País, é um conceito filosófico e político que se refere a um pacto, real ou hipotético, entre indivíduos que renunciam a parte de sua liberdade natural para estabelecer uma sociedade civil e um governo que garanta segurança, justiça e bem-estar coletivo, que legitima o Estado ao criar as leis e instituições que regem a convivência, refletindo a “vontade geral” do povo, que é a fonte da soberania.

Isto porque, antes da formação da sociedade, os seres humanos viviam em um estado de natureza, sem leis civis, o que gerava igualdade de direitos, mas também conflitos, então, para tornar a convivência pacífica e harmônica, os indivíduos se unem, criando um contrato social que os transforma de seres naturais para seres sociais, com leis, moral e instituições próprias.

2. A LEGITIMAÇÃO DO ESTADO PELO CONTRATO SOCIAL

Em um “Estado de Direito”, consistente em um sistema em que o poder do Estado é limitado pela lei, nenhum indivíduo ou instituição está acima dela. Todos, incluindo governantes, devem seguir as leis, que são criadas por representantes eleitos e aplicadas por tribunais independentes e imparciais, observando princípios fundamentais que incluem a legalidade, segurança jurídica, separação de poderes e igualdade perante a lei. O poder é legítimo exatamente porque emana do povo, por meio de um contrato social que delega aos governantes a condução dos interesses comuns.

Como dito anteriormente, embora o Poder Estatal se desdobre em funções e órgãos, o Poder é, em sua essência, uno e indivisível, porém, esse Poder do Estado não é absoluto e deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela respectiva Constituição e pelas leis, sob pena de se caracterizar, maleficamente, abusivo, autoritário ou tirano.

A finalidade última do exercício do “Poder Estatal” é a promoção do bem comum da sociedade.

O poder legítimo do Estado consiste na autoridade que é aceita e reconhecida pela população, assegurando a obediência, não apenas pela força, mas, sobretudo, pelo consentimento e pela crença na justiça e na legalidade das ações do governo. Sem essa legitimidade, o Estado seria compelido a usar a força constantemente para impor a sua vontade, o que não é sustentável em longo prazo. O poder é legítimo quando a influência exercida é aceita por aqueles que se submetem a ela.

Desse modo, a legitimidade do Estado está diretamente ligada à capacidade de obter consentimento e compreensão mútua, e não ao poder puro da força.

Por isto há que se distinguir Poder de Dominação, uma vez que o Poder consiste na capacidade de impor a vontade mesmo contra resistên-

cias, quando essa resistência é superada, o poder se torna “dominação”, a qual poderá ser legítima ou não.

No Estado de Direito, nas verdadeiras democracias, o poder legítimo está associado à legalidade, à burocracia e ao Estado de Direito, sendo este fundamento essencial para a legitimidade.

3. O ESTADO CONSTITUCIONAL

Temos o Estado Constitucional como uma forma de organização política em que o Poder do Governo é limitado e organizado por uma Constituição, que é a norma suprema. As Constituições estabelecem os princípios fundamentais, direitos e deveres, e a estrutura do governo, garantindo a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo social, e, consequentemente, impedindo o poder absoluto e sem restrições do Estado.

O Estado Constitucional é assim entendido quando expõe visíveis características de garantir efetividade à Supremacia da Constituição, tendo-a como a norma mais importante do ordenamento jurídico e submetendo todos os outros atos normativos à sua conformidade. O respeito à Limitação do Poder, observando que a Constituição não apenas organiza o Poder, mas, também, o restringe, estabelece limites claros para as ações do Governo e do Estado, e, ainda, garante a eficácia dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, inclusive, protegendo-os contra possíveis arbitrariedades do poder.

Fica claro que, nestes termos, o Estado Constitucional está associado ao Estado Democrático de Direito, onde o poder é exercido dentro dos limites legais e democráticos, promovendo-se a legitimidade e a limitação do governo, com o reconhecimento e a proteção do pluralismo de ideias, valores e atores sociais dentro da sociedade.

A Constituição exerce um papel central no equilíbrio e no bem-estar social, por se consistir em instrumento que organiza o Estado e estabelece as condições de validade para as fontes de direito, sendo o pilar central da desejada e respeitável soberania da Justiça.

4. A JUSTIÇA PODE PREJUDICAR O ESTADO?

Se deseja que nunca aconteça, mas a justiça pode se transformar em uma instituição prejudicial ao Estado. Evidentemente, isto se dá com a mo-

rosidade dos processos, com o retardamento na resolução de questões, que gera custos, com a falta de transparência e com a politização de decisões, que comprometem a credibilidade e a imparcialidade do Judiciário, bem como a influência de interesses políticos e econômicos, que deturpam a aplicação da lei se sobrepondo aos deveres da função jurisdicional. A justiça não pode se envolver com interesses ou ideologias políticas. Como dizia Pontes de Miranda, “o Direito não tem direita nem tem esquerda, é o Direito”.

Não há negar que a lentidão na tramitação de processos pode levar a graves danos e prejuízos para os cidadãos e para o próprio Estado, aumentando os custos do sistema judiciário e dificultando o acesso à justiça para populações vulneráveis. Só o retardamento injustificado do processo já caracteriza injustiça.

Por outro lado, quando decisões judiciais são influenciadas por preferências políticas ou pressões externas, em vez da devida aplicação imparcial da lei, a credibilidade do Judiciário é abalada, prejudicando o sistema democrático.

Da mesma forma, a ausência de transparência em alguns processos judiciais e a influência de recursos financeiros por parte de grupos de interesse podem gerar um ambiente propenso a interferências, corrupção e favorecimentos, afetando a imparcialidade e a confiança na justiça.

Além disso, um manifesto e grosseiro erro do judiciário pode até gerar a obrigação de indenização por parte do Estado, causando, assim, um ônus financeiro extraordinário que, embora justificado para a vítima, é um prejuízo para o erário.

Portanto, a implementação de permanentes mecanismos que concorram para o fortalecimento da independência do Judiciário, assegurando a independência dos juízes e dos tribunais contra influências políticas e econômicas, é fundamental para a manutenção de um sistema judiciário imparcial e de credibilidade perante a sociedade, inclusive com o aperfeiçoamento, constante, de instrumentalidades para a eficiência e a celeridade dos processos judiciais, como o uso de tecnologia e métodos alternativos de resolução de conflitos, o que, inegavelmente, concorrerá para redução da morosidade e aumento da confiança na Justiça.

Nessa trilha de atuação do Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, é possível disponibilizar, a todos os cidadãos, a justa pres-

tação da atividade jurisdicional, inclusive aos mais vulneráveis, mediante o acesso gratuito e efetivo à justiça, assegurando-se a inafastabilidade da jurisdição e a proteção dos direitos fundamentais.

5. COMO O ESTADO SE RELACIONA COM O PODER JUDICIÁRIO?

O Estado deve se relacionar com o Poder Judiciário através da independência e da harmonia entre os chamados três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, com o Judiciário atuando de forma autônoma para interpretar e aplicar as leis, resolver conflitos e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e do próprio Estado.

Essa relação se manifesta pela garantia constitucional de autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, pela sua função de controle de constitucionalidade das ações dos outros poderes e pela definição de súmulas vinculantes que uniformizam a interpretação das leis federais.

Quanto à independência e harmonia, é a Constituição Federal que estabelece que os três poderes são independentes e harmônicos entre si, e, para que assim seja, com idêntico beneplácito constitucional, o Judiciário possui autonomia administrativa e financeira, para funcionar sem a interferência dos outros poderes, conforme garantido pela Constituição Federal.

Logo, com a necessária independência, a função primordial do Judiciário é solucionar conflitos entre cidadãos, entre os cidadãos e o Estado, ou entre entidades, interpretando e aplicando as leis e as normas constitucionais, desse modo, o Poder Judiciário deve garantir a efetividade dos direitos individuais, coletivos e sociais previstos na Constituição.

Compete ao Estado, por seu turno, prover assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados, por meio da Defensoria Pública, que é um instrumento do regime democrático para garantir igualdade de oportunidades e efetivação da Justiça.

Qual a importância da Justiça para as transformações positivas da sociedade?

A justiça é crucial para a evolução da sociedade, uma vez que, no exato desempenho de sua função jurisdicional, garante o equilíbrio social, a proteção dos direitos fundamentais, a resolução pacífica de conflitos e a

promoção da igualdade e da dignidade para todos. Sem justiça, a desigualdade e o conflito se expandem incontroladamente, levando à instabilidade e à opressão, comprometendo a ordem e a coesão social.

É a justiça que estabelece os princípios e leis que regem as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado, criando um ambiente de convivência pacífica e organizada, protegendo os direitos do cidadão e a dignidade humana, assegurando que os direitos fundamentais, como liberdade, igualdade e dignidade, sejam garantidos para todos os cidadãos, independentemente da sua condição social.

Nesse escopo, promove a igualdade e a equidade, atuando na redução das desigualdades socioeconômicas, buscando um tratamento justo para todos e promovendo a inclusão dos mais vulneráveis. A Justiça disponibiliza um mecanismo para a mediação de disputas e conflitos, restaurando a harmonia social, sem recorrer à violência ou retaliações pessoais.

Precisamente, é essa atuação que fortalece a democracia e as instituições, legitimando a autoridade do Estado, garantindo que os governantes atuem em prol do bem comum e assegurando que todos tenham seus direitos protegidos. É, em verdade, uma máquina de transformação social. Promovendo o respeito aos direitos e a redução das desigualdades, a Justiça contribuiativamente para a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e coesa.

6. POR QUE O PODER ESTATAL DEPENDE DA JUSTIÇA?

Primeiramente, o Estado depende da Justiça para garantir a legitimidade do seu Poder, assegurar o cumprimento das leis, resolver os conflitos e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. A Justiça funciona como um poder independente que, quando provocada, avalia e decide sobre a forma correta de atuação das demais esferas do Governo, como o Legislativo e o Executivo, garantindo que a ordem jurídica seja mantida, e que o próprio Estado se submeta ao direito, pelo que se efetiva o saudável Estado Democrático de Direito.

A razão dessa dependência legítima é que o Estado precisa se apresentar como um Poder justo para ter legitimidade perante os cidadãos e a comunidade internacional, por isso a Justiça deve funcionar como o órgão responsável por dirimir os conflitos entre cidadãos, entre cidadãos e o Esta-

do, e entre os próprios poderes, como já dissemos, interpretando e aplicando as leis de forma imparcial.

Sendo assim, a Justiça, o Poder Judiciário, assim colocando, atua como um contrapeso aos poderes Legislativo e Executivo, podendo anular atos administrativos e legislativos que sejam considerados ilegais ou inconstitucionais.

É a Justiça que garante o acesso à ordem jurídica e protege os direitos individuais, coletivos e sociais, atuando como um guardião da Constituição.

Somente a existência de um Poder Judiciário autônomo e atuante, comprometido, exclusivamente, com suas funções jurisdicionais, é que pode consolidar um Estado Democrático de Direito, onde o Poder Estatal é limitado pelas leis e pelos princípios de justiça e igualdade.

Como Poder único, o Estado – Poder Estatal – dentro do respectivo território, exerce de forma soberana o poder de ditar as leis, executá-las e julgar os conflitos de interesses à luz daquelas, na busca do bem comum, que é o fim do Estado. As principais funções estatais, portanto, são a legislativa, a executiva e a jurisdicional, definidas como Poderes autônomos e independentes, no que pertine às suas funções particulares. Daí decorre a compreensão de se enxergar as características do Poder Estatal, que emana do Povo, em ser uno, ser indivisível e indelegável.

7. QUAL A EXATA FUNÇÃO DO ESTADO?

A exata função do Estado, como Poder único, dito Poder Estatal, é garantir a organização social, a administração do território e o atendimento das necessidades e garantias da população. Estas funções se concretizam através das suas três funções principais já mencionadas, Legislativa, de criar e fiscalizar as leis que regem a sociedade e fiscalizar o Poder Executivo para garantir o cumprimento das leis, Executiva, de administrar o país e colocar as leis em prática, inclusive implementar políticas públicas, como saúde, educação e segurança, e Jurisdicional, de julgar os conflitos com base nas leis. Além disso, o Estado também tem a responsabilidade de defender a integridade territorial, estabelecer relações diplomáticas e garantir a soberania nacional, daí, então, a exponencial importância da Justiça, do Poder Judiciário, na legitimação das ações do Poder Estatal como um todo.

8. DE QUE FORMA O PODER ESTATAL PODE CORRIGIR POSSÍVEIS DISTORÇÕES DA JUSTIÇA?

O Poder Estatal pode corrigir flagrantes e descompassos na Justiça, por meio de reformas estruturais e administrativas no Judiciário, do aprimoramento das leis e dos processos, e da aplicação de mecanismos como o do controle da constitucionalidade e da responsabilização dos agentes estatais, não cabendo a Justiça intervir nesse processo, que é de natureza administrativa estrutural que visa o bem-estar e a segurança jurídica da população.

Reformas no judiciário devem visar à implementação ou modificação de mecanismos estruturais destinados a aumentar a eficiência, como a possível redefinição do papel do Supremo Tribunal Federal (STF) e a otimização de recursos. Por outro lado, na defesa desse status de eficiência da Justiça, compete ao Ministério Público, autonomamente, exercer a função de fiscalização da atividade jurisdicional, quanto à garantia da efetividade das leis.

No âmbito do aprimoramento das leis, compete ao Legislativo criar leis mais claras e eficazes para orientar a atuação do Judiciário e corrigir distorções, como, por exemplo, a garantia de que as prisões cautelares sejam aplicadas apenas em casos específicos, e nos precisos termos legais.

E, ainda, é dever do Estado garantir que os agentes do Judiciário sejam responsabilizados por dolo, fraude ou omissão que causem danos, exatamente como previsto no Código de Processo Civil. Para tanto, a sociedade civil tem um papel fundamental de pressionar o Estado por meio de denúncias e debates públicos, e até mesmo de ações judiciais, buscando a garantia da efetividade de direitos.

9. COMO A JUSTIÇA SE REVELA ATUANDO EM CONTRARIEDADE À ORDEM JURÍDICA?

A justiça passa a agir em contrariedade à ordem jurídica quando desrespeita princípios fundamentais, como o do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Para que isso se exteriorize, basta, por exemplo, que um juiz decida questões sem dar às partes a oportunidade de se manifestarem, ou quando há uma inversão da ordem

processual que prejudique uma das partes ou profira decisões sem a devida fundamentação legal.

Uma grave ameaça à sustentabilidade do Estado Democrático se dá quando, contrariando a Constituição Federal, a Justiça pratica ato que caracteriza usurpação da prerrogativa de iniciativa para o processo legislativo, porque assim está, flagrantemente, agindo em desacordo com a ordem jurídica, gerando consequências que, legalmente, são inválidas.

Da mesma forma, caracteriza desrespeito ao contraditório e à ampla defesa quando decide questões sem que as partes sejam ouvidas ou tenham a oportunidade de apresentar suas provas e argumentos, principalmente quando não é dada a devida oportunidade para que a defesa demonstre um eventual prejuízo concreto causado por um vício processual.

Na esfera penal, a inversão de atos processuais é extremamente prejudicial ao réu e à regularidade processual. A inversão da ordem estabelecida pelo Código de Processo Penal (CPP), como a realização do interrogatório do réu antes das testemunhas, é um exemplo de atuação que tangencia a ilegalidade.

Também a negativa do acesso ao Judiciário, quando há lesão ou ameaça a um direito, é uma contrariedade à garantia constitucional estabelecida no Art. 5º, inciso XXXV, da CF/88. Portanto, essas situações extravagantes configuraram desvios que violam princípios do direito, demonstrando que é imperioso que a atuação da justiça esteja, sempre, em conformidade com a lei e a Constituição para garantir a efetividade do Estado de Direito.

10. A JUSTIÇA E O ALINHAMENTO COM O PODER ESTATAL

Como a Justiça deve se alinhar com o Poder sem tergiversar com os pertinentes deveres?

A Justiça deve se postar alinhada com o “Poder”, este entendido como o poder estatal uno e indivisível, mediante a boa compreensão do princípio da independência e harmonia entre os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, sem tergiversar com seus deveres, que são, especialmente, de garantir os direitos fundamentais e o cumprimento da Constituição.

Isso se pode tornar efetivo porque a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 2º, que os Poderes são independentes e harmônicos entre

si, portanto o Judiciário deve ter autonomia administrativa, financeira e funcional para ter a liberdade de decidir de forma imparcial, sem sofrer pressões indevidas de outros agentes políticos, da sociedade civil ou das partes em conflito.

A separação dos Poderes não significa um isolamento absoluto, mas a existência de um sistema que impõe a colaboração mútua entre as autoridades do Estado na tomada de decisões e na gestão pública, logo, a cooperação judiciária, por exemplo, constitui um princípio fundamental para a efetivação da justiça.

A Justiça dá efetividade clara ao seu papel institucional ao utilizar os mecanismos constitucionais de freios e contrapesos para fiscalizar os outros Poderes e evitar abusos, quando provocada a tanto, porque não tem competência para agir sem provocação legítima e formal.

Nestas condições, então, o Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Legislativo e do Executivo, enquanto que o Legislativo, por sua vez, pode, por exemplo, processar e julgar membros do Executivo e do próprio Judiciário em crimes de responsabilidade.

Com características de civilidade, esse sistema, que merece ser respeitado, de forma plena, garante que nenhum “Poder” concentre autoridade de forma absoluta, assegurando assim a proteção dos direitos do cidadão e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Mais precisamente, é de se entender que, dentre os principais deveres institucionais da Justiça, com os quais ela não pode tergiversar, encontram-se: (i) Julgar com Imparcialidade, aplicando o Direito aos conflitos de acordo com a lei e as provas, sem qualquer forma de influência externa; (ii) Garantir a Efetividade dos Direitos Fundamentais, atuando de modo a proteger os direitos dos cidadãos, intervindo inclusive em políticas públicas, sem microgerenciar a execução, se houver omissão grave do Poder Executivo que ameace o mínimo existencial; (iii) Obedecer à Constituição, uma vez que a Constituição é o parâmetro máximo que polariza a atuação de todos os Poderes, e é a Justiça que deve zelar por sua preeminência; além da (iv) Transparência e Responsabilidade, consubstanciadas no dever que tem o Judiciário de prestar contas, administrativa, financeira e processual, à sociedade, garantindo a legitimidade de suas ações.

Em síntese, portanto, o alinhamento da Justiça com o “Poder” não significa subordinação, mas sim uma atuação harmônica e independente dentro da estrutura do sistema constitucional, garantindo que o poder estatal sirva ao bem público e aos direitos fundamentais, fiscalizando e sendo fiscalizado pelos demais Poderes.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 13. ed. Brasília, DF: Editora UnB / Imprensa Oficial, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA, Antonio Francisco. Quem cala concorda. São Paulo: Editora Paginae, 2024.
- OLIVETTI, Adriano. La comunità e lo Stato. Milano: Edizioni di Comunità, 1957.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social: Princípios do Direito Político. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

II

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DEMOCRATIC STATE OF LAW

Dircêo Torrecillas Ramos²

Resumo: O presente artigo conceitua os elementos do título. Distingue os atos democráticos dos antidemocráticos. Enfatiza a Democracia, a soberania, a Separação das funções dos poderes, os direitos humanos e fundamentais. Demonstra, assim, que no Estado Democrático de Direito, estão subordinados, os cidadãos e o Estado, ao direito que estabelece limites.

Palavras-chave: Estado. Democracia. Direito. Soberania. Poderes. Funções. Limitação, Liberdade, Igualdade, Povo.

Abstract: The present article defines the elements of the title. It distinguishes democratic acts from anti-democratic ones. It emphasizes Democracy, sovereignty, the separation of powers, and human and fundamental rights. It thus demonstrates that, in a Democratic State governed by the rule of law, both citizens and the State are subject to the Law that sets limits.

Keywords: State. Democracy. Law. Sovereignty. Powers. Functions. Limitation, Liberty, Equality, People.

Sumário: Introdução. 1. Estado. 2. Democracia. 3. Direito. 4. Estado Democrático de Direito. 5. Soberania. 6. Separação de Poderes (Funções). 7. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, assistimos o debate, entre seguimentos opostos, sobre Estado Democrático de Direito. Muitas vezes, verificamos a ausência de conhecimentos – ignoram o que são Estado, Democracia, Direito, acusam os adversários de prática da antidemocracia, quando eles próprios

2. Mestre, Doutor e Livre-Docente pela USP – Universidade de São Paulo. Membro do IBEDAFT, Vice-Presidente da APLJ – Academia Paulista de Letras Jurídicas. dircêo@uol.com.br.

o fazem. As interpretações levam os acusadores a atribuir golpe de estado e os atacados a alegarem o contragolpe. Discute-se quem está com a razão, mas tem gerado penalizações, apesar das incertezas.

Diante das dúvidas que geram este tema complexo, deve-se afastar da subjetividade e procurar a intersubjetividade objetiva, como espírito do direito, nos ensinamentos de Miguel Reale³.

Assim, partimos dos conceitos e seus elementos dos temas mencionados. Importante indicar os vários tipos de “democracia” e se realmente o são. Para tanto, indicamos regimes de governo, contrários ao governo de povo, pelo povo e para o povo; crimes contra a humanidade, genocídio, golpe e contragolpe.

Neste momento impõe-se um estudo sobre a soberania em sua face externa que é a ausência de subordinação e a face interna, ou seja, quem tem mais poder internamente. Leva-nos à conclusão se há ou não invasão de um estado em outro e aos limites dos agentes, dentro de seu território ou se atinge com medidas contrariando a liberdade, a igualdade e a supremacia popular, garantidas pela Constituição.

Em seguida tratamos da Separação das funções do Poder, como limites aos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário. Têm suas atividades separadas, com raríssimas exceções, para não invadirem competência dos demais. Ao lado destas limitações, apresentamos outras representadas pelos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, como garantias constitucionais contra o Estado. Poder-se-ia, citar, como limitação, o Estado Federal, dividindo competências entre União, Estados e Distrito Federal e Municípios.

Concluímos no sentido de que, com esses conhecimentos e aplicando-os estaremos caminhando para o Estado Democrático de Direito.

Analizando as várias manifestações, polarizadas, verificamos posições ideológicas, outras revelam ignorância e ainda, temos a ignorância intencional, no uso do vocabulário e do sentido terminológico.

1. ESTADO

“Ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.⁴

3. REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 12^a ed. Saraiva, SP. 1987, pág. 700.

4. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, págs. 102-104.

Essa ordem jurídica, constitucionalizada, hierarquizada, apresenta uma estrutura de poder, uma lista e a garantia dos direitos fundamentais. Limita os poderes dividindo suas funções entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; na federação, também, entre a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios. O poder detém o poder, assegurando a liberdade; o Estado Federal aproxima governantes e governados para possibilitar o bom governo; como, corolário alcançaremos a paz. Assim teremos a finalidade como o bem comum de um povo em seu espaço. Evidentemente, tudo se realizará se obedecida a ordem constitucional e infraconstitucional.

2. DEMOCACIA.⁵

O governo do povo, pelo povo e para o povo, no dizer de Lincoln, apresenta muitas dificuldades para sua concretização. Vários são os conceitos, com suas defesas por autores clássicos e atuais. Assim, temos o modelo ateniense da democracia direta; a democracia representativa; a democracia liberal; a democracia pelos partidos; a democracia social; a democracia participativa; a democracia marxista.

Se a perfeição é inatingível, vale como ideal a ser buscado, considerando a supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece a liberdade de manifestação, de expressão, de comunicação (de informar e ser informado), proíbe a censura; pune a mentira (fake), a calúnia, a difamação e a injúria. Todos têm os direitos e são responsáveis pelos seus atos.

A preocupação é entender o que é a democracia, se existe uma democracia.

Diante de uma questão complexa, iniciamos com a lição de André Hauriou: “Quando se aborda o estudo da democracia, a humildade, na investigação e, sobretudo nas conclusões, deve guiar nosso caminho. A este propósito, é necessário meditar a reflexão de Alain: ‘Conheço alguns bons espíritos que tratam de definir a democracia. Eu trabalhei muito sobre isso, sem chegar a dizer outra coisa que “pobrezas”, as quais na melhor das hi-

5. TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. Autoritarismo e Democracia, pág 43.

póteses não resistem e uma severa crítica”” (Politique, 1962, p.9).⁶

Já em Aristóteles, encontramos cinco espécies de democracia:⁷ a primeira, tendo como fundamento a igualdade; a segunda, que as magistraturas sejam dadas segundo um censo determinado; a terceira é a que admite às magistraturas todos os cidadãos incorruptíveis; segundo a quarta, todo habitante, contanto que seja cidadão, é declarado apto a gerir as magistraturas e a soberania é firmada na lei. Na quinta são mantidas as condições, sendo a soberania transportada da lei para a multidão.

Tipos de Democracia. O modelo ateniense é o da Democracia Direta; Democracia representativa; Democracia liberal; Democracia pelos partidos; Democracia social; Democracia participativa; Democracia marxista.

A democracia permanece como um “ideal de organização justa da sociedade política. Afirmar a democracia – tanto em seu aspecto instrumental como em seu aspecto ideal – é reconhecer, humildemente, que, se o aperfeiçoamento constante das sociedades é possível e necessário, a perfeição completa é inatingível”.⁸

Robert Dahl faz uma distinção entre democracia como um sistema ideal e o arranjo institucional, que vem a ser considerado como uma espécie de aproximação imperfeita de um ideal, espécie esta que denomina de poliarquia. Poliarquia que deve ser alcançada, como ponto de partida para aquela que se considera, por enquanto, um ideal a alcançar.⁹ No estudo que leva a esta conclusão, apresenta sete fatores condicionantes da democracia, os quais o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho resumiu nos quatro fatores condicionantes da ordem política:¹⁰ os fatores históricos e psicosociais, os econômicos, os sociais e os políticos.

No mesmo sentido, o professor Dalmo e Abreu Dallari: “Consolidou-se a idéia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governo mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos”.¹¹ Mas,

6. HAURIQU, André, Derecho Constitucional y Instituciones Políticas, pág. 375; Alain, Propos sur les pouvoirs, p.213

7. ARISTÓTELES, A Política. Livro VI, capítulo IV.

8. SOUZA JUNIOR, Cézar Saldanha. A Crise da Democracia no Brasil, p.24

9. DAHL, Robert A. Poliarchy, pág. 09

10. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, A Reconstrução da Democracia. Pág. 45 e 55.

11. DALLARI, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, pág. 132.

além de resumir o que foi demonstrado nos vários modelos democráticos, destaca três pontos fundamentais na democracia: “supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos”.

Depreende-se que a democracia pura ficará para o passado sem ter tido presente. O próprio Rousseau já previa: “Rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá”.¹²

Como referência, apresentamos a classificação de Juan Linz que faz distinção entre regimes Democrático, Totalitário e Autoritário:

Democrático “quando permite a livre formulação das preferências políticas, por meio das liberdades básicas de associação, informação e comunicação, com o objetivo de livre competição entre líderes para, em intervalos regulares, disputarem o direito de governar, por meios não violentos”.

Totalitário “o que se realiza por uma ideologia oficial, um partido único, de massa, que controla toda a mobilização política e o poder concentrado em favor de um pequeno grupo que não pode ser afastado do poder por meios institucionalizados e pacíficos”.

Autoritário “quando apresenta um limitado pluralismo político, sem uma ideologia elaborada, sem extensa ou intensa mobilização política, no qual o líder, ou o grupo governante, exerce o poder dentro dos limites mal definidos, embora previsíveis”.

Diante de tantas dúvidas, cabe a aplicação da democracia expressa em nossa Constituição, excluindo subjetividade de cada um e impedindo a punição de quem discute sobre atos democráticos e antidemocráticos,

Democrático, então, não é aquele que realiza plenamente o governo do povo, pelo povo e para o povo, atingindo todo conjunto de condições, mas aquele que tem em seu âmago a perseguição do ideal de democracia.

Autocracia. Um regime de governo em que o governante único, exerce um poder absoluto e ilimitado. É um governo por si próprio em que as leis e decisões são baseadas em sua convicção. Há uma concentração do poder.

Ditadura. Governo autoritário exercido por uma pessoa ou por um grupo de pessoas, com supremacia do poder executivo, e em que se suprimem ou restringem os direitos individuais. O ditador, modernamente,

12. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*, Livro III, Capítulo IV.

possui extraordinário poder pessoal, especialmente para fazer leis, sem que haja um poder legislativo independente. (Wikipédia). Pode ser boa ou má, dependendo da qualidade do ditador.

Despotismo. É o poder isolado, arbitrário e absoluto de um déspota. O déspota utiliza o seu poder para tiranizar e oprimir os que não seguem as suas normas. Na prática, tinha como objetivo acelerar o processo de modernização, de alguns países, aumentar seu poder e prestígio afim de enfraquecer a oposição ao seu governante. No Despotismo o monarca desrespeita as leis, abusa de sua autoridade, age à revelia do que é estabelecido na Constituição, ao contrário da monarquia.

Tirania. Poder soberano usurpado e ilegal, governo de tirano. Domínio, poder ou qualidade de Tirano. A ditadura é o meio pelo qual o líder Tirano governa. Tornaram-se sinônimos.

Terrorismo. Modo de impor a vontade pelo uso sistemático do terror. Emprego sistemático da violência para fins políticos, especialmente a prática de atentados e destruição por grupos cujo objetivo é a desorganização da sociedade existente e a tomada do poder.

Tortura. Dor violenta que se inflige a alguém, sobretudo para lhe arrancar alguma revelação; suplício. Dor física ou psicológica por残酷, intimidação, punição, para obtenção de uma confissão, informação ou simplesmente por prazer do torturador. “dano físico e mental deliberado causado pelos governos contra os indivíduos para destruir a personalidade individual e aterrorizar a sociedade” conforme o Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos: Segundo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos há tortura, ainda que não causem dor física ou angústia psíquica, desde que os métodos são tendentes a anular ou diminuir sua capacidade física ou mental.

Genocídio. “Extermínio deliberado, parcial ou total, de uma comunidade, grupo étnico, racial ou religioso. O exemplo foi o genocídio de Judeus na Segunda Guerra Mundial”. Destrução de populações ou povos, “a guerra nuclear resultaria num verdadeiro genocídio”

Não se refere a indivíduo em um grupo, mas à eliminação do grupo; Tem como base, etnia, raça, religião, cultura e nacionalidade e por vezes questões sociopolíticas.

Crime Contra Humanidade. É um termo de direito internacional que descreve atos que são deliberadamente cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. (Wikipédia).

Os casos poderão ser de homicídio, extermínio, violência sexual, entre outros, mas como parte de ação generalizada ou sistemática e contra população civil.

Fascismo. Movimento ideológico, anterior ao Nazismo, surgiu na Itália, no entre guerras, 1919 – 1939, implantado por Benito Mussolini, vigoraram de 1919 a 1943. É uma ideologia política ultranacionalista e autoritária caracterizada por poder ditatorial, repressão da oposição por via da força e forte arregimentação da sociedade e da economia. Um sistema político nacionalista, antiliberal e antissocialista, totalitário e populista. Tem as mesmas características do Nazismo com exclusão do racismo e inclusão do populismo.

Nazismo. Foi um movimento ideológico, nacionalista, imperialista e belicista. Esteve sob a liderança de Adolf Hitler entre 1933 e 1945. Misturava dogmas e preconceitos a respeito da pretensa superioridade da raça ariana. Acreditavam serem superiores aos outros grupos sobretudo de Judeu. Desenvolvido, entre 1939 e 1945, era totalitário, racista. No início, seu líder aderiu a um pequeno grupo chamado de “Partido Trabalhista Alemão”, fundado por um mecânico ferroviário. Seu programa falava no bem-estar da população, igualdade perante o Estado, anulação dos tratados de paz e exclusão dos Judeus da comunidade. Mudou de nome para “Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães”. Organizou a juventude Hitlerista e apoiaram os sindicatos e associações de juristas, médicos, professores, funcionários e outros profissionais. Tinha, ainda, como características, o antímarxismo porque representava o pensamento de Marx, Judeu, e propunha a luta de classes e o anticapitalismo que agravava as desigualdades, ambas contra a unidade do Estado. O Holocausto surgiu durante o regime e matou cerca de seis milhões de Judeus.

Golpe de Estado. “Consiste no derrube ilegal de um governo constitucionalmente legítimo, por uma facção política, militares ou um ditador”. O derrube deve ser, necessariamente ilegal e o governo constitucionalmente legítimo. Todavia, sendo ilegítimo porque manipulado, o derrube poder

ser legal e legítimo. O que havia era um golpe que recebe o contragolpe. Quem estaria praticando o crime contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que exige, ainda, grupos armados, conforme art. 5º, XLIV? Os acusadores poderão tornar-se acusados. Atribuem a outros o que eles praticam.

Relativismo e Democracia. É a convicção de que a realidade não pode ser compreendida, resultando na abstenção do juízo, impotente para afirmar a verdade. Tudo é relativo! Depende do ponto de vista, das circunstâncias, da pessoa. Nega-se o óbvio numa espécie de esquizofrenia.

Ives Gandra da Silva Martins dedica um capítulo à Constituição de 5 de outubro de 1988. Considera-a mais democrática de todas as brasileiras. Citando John Rawls no Livro “Democracia e Liberdade” afirma que as “teorias não abrangentes” em matéria política são democráticas e permitem o convívio das diversas ideologias. As “teorias abrangentes”, que não admitem contestação são sempre totalitárias. De rigor, as teorias marxistas ou bolivarianas, por pretenderem ser abrangentes, são sempre ditatorias.¹³

O “relativismo democrático” coloca em pé de igualdade todas as doutrinas, as cosmovisões ainda que lhe sejam hostis, atribuindo o Poder à maioria eleitoral do momento. Todavia, não pode ser indiferente às ideologias, às doutrinas políticas. A Democracia tem uma concepção própria, distinta, acentua a liberdade de cada um e de todos implica na autodeterminação. Tolera as diversidades, mas não deve permitir o uso da democracia para destruir a mesma.

Na realidade, muitos, ao manifestarem-se sobre a democracia e ao afirmarem sua relatividade, estão tratando de outra coisa, à qual dão o mesmo nome, revelando o distúrbio que afeta a capacidade de pensar, sentir e se comportar com clareza, causados pela genética, ambiente, estrutura e química celebrais alteradas, evidenciando aspectos da esquizofrenia.

Temos assim, vários modelos: a democracia ateniense direta; a representativa; a liberal; a democracia pelos partidos; a democracia social; a participativa; a marxista. André Hauriou “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, 1980, p. 377, afirma que a definição de Lincoln é a mais corrente e um país pratica a democracia quando os governados são ao mesmo tempo governantes ou, em todo caso, quando o maior número

13. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Uma breve Teoria sobre o Constitucionalismo, págs. 112-113

possível de governados participa, mais diretamente possível no exercício do poder. Esta definição é boa ao menos em grande parte, à realidade, mas não é exaustiva, depois de meio século de regimes novos que apresentam expressões muito diferentes da democracia, mas que se afirmam democráticos e em certos aspectos o são. Referem-se aos regimes da União Soviética e das Democracias populares que permitem distinguir as duas formas principais de democracia concebíveis enquanto estruturas governamentais: a democracia Liberal e a democracia autoritária ou marxista.¹⁴

Os valores básicos da democracia são: liberdade e igualdade. A primeira caracteriza-se pela ausência de constrangimentos ou a adesão à inexorável marcha da história? Conquista-se contra o poder e os poderosos, alarga a esfera da autonomia individual ou se conquista pelo Poder, por meio deste contra o mundo? A igualdade resume-se na supressão dos privilégios juridicamente consagrados ou procura a unificação do modo e da condição de vida de todos os homens? São teses polarizadas.

Na realidade democracia é, mostramos, aquela que, como ideal a ser buscado, garante maior participação popular, através das liberdades de expressão, comunicação, de reunião, de associação, de manifestação, do direito de informar e ser informado. Ainda que, reclame correções quanto à igualdade, oportuniza a eliminação de privilégios, a redução das desigualdades, o reconhecimento das diferenças individuais, do mérito e o direito a uma vida digna.

Pode-se dizer que a democracia, governo do povo pelo povo para o povo tem dificuldades, mas permanece com seus objetivos, aperfeiçoa-se para alcança-los, como um ideal. A exemplo, podemos dizer que há oportunidade e liberdade. Entretanto, nem todos têm recursos suficientes para custear uma campanha eleitoral. Falta democracia dentro dos partidos: na escolha dos candidatos, na distribuição dos recursos eleitorais, das verbas partidárias, no tempo de publicidade nas televisões, rádios, jornais, etc... São questões que contrariam a liberdade e principalmente a igualdade, democráticas, que merecem correções.

O Decreto Presidencial e os Soviets. Vários são os comentários comparando o decreto nº 8.243 de 23 de maio de 2014 aos soviets e ao soviet supremo da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS.

14. HAURIQU, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, p. 377.

Evidentemente estamos fazendo referência à Constituição de 7 de outubro de 1977, antes da reforma de 1990 que instaurou um verdadeiro sistema presidencialista com Gorbachev. Todo poder pertence aos “sovietes” dos deputados do povo, eleitos pela população. Os outros órgãos do Estado são submetidos ao controle das Assembleias (sovietes) dos deputados do povo e responsáveis ante elas. Não poderá haver participação de outro Poder, o que faz deduzir a ilegitimidade do direito de controle jurisdicional. Isto ocorria com os demais países socialistas quanto à constitucionalidade das leis, decretos leis, decretos e outras disposições de caráter geral, conforme, a exemplo, o artigo 70, alínea “1”, da Constituição Cubana de 24.02.1976. Mais precisamente, na URSS, o controle de constitucionalidade era exercido pelo “Presidium”, composto de 33 membros, eleitos pelo próprio soviet, nos intervalos das sessões brevíssimas do “Soviet” Supremo. O mesmo ocorria nas repúblicas federadas através dos “Soviets” Supremos e seus órgãos permanentes, os “Presidiums”. Se a Corte Suprema constatasse que uma lei ou ato normativo não era conforme a Constituição dirigir-se-ia ao “Presidium ou ao próprio Soviet”. O artigo 113 dava direito de iniciativa das leis à Corte Suprema e ao Procurador Geral. Às procuradorias competia a vigilância suprema da execução estrita e uniforme das leis por todos os ministérios e outros órgãos executivos do Estado, pelas organizações sociais e pelos cidadãos. É a negação da separação de poderes, que devem ser reunidos em um único órgão supremo de direta emanação popular.

Ocorre que o povo votava em lista pré-estabelecida e quem indicava os candidatos aos Soviets, conforme o artigo 100º da Constituição, era o rol composto das organizações do partido Comunista da União Soviética, os sindicatos, a União das Juventudes Comunistas Leninistas da URSS, as cooperativas e outras organizações sociais, os coletivos de trabalhadores, bem como as assembleias dos militares nas respectivas unidades. Portanto selecionavam, dirigiam, controlavam, policiavam. Basta dizer que o vice apresentado por Gorbachev, na sabatina, definiu-se como “comunista do fundo do coração”. Não havia o voto de escolha livre e fora da lista. Destes candidatos sairiam os eleitos formadores dos “Soviets”, do “Soviet” Supremo e do “Presidium”. O “Soviet” Supremo de acordo com o artigo 137º era o órgão Supremo do Poder e da Administração e o Conselho de Ministros da

URSS, designado pelo “Soviet” Supremo da URSS era o órgão superior da Administração e Execução, conforme o artigo 128º.

Merece destaque, pelo sistema, a possibilidade de um decreto mudar a ordem econômico-social adaptada à Constituição. Só em momento posterior a revisão constitucional viria ratificar a transformação já acontecida. Podendo a Constituição ser modificada por Decreto ela é flexível e não cabe controle. Por outro lado, o órgão de controle é o mesmo que edita as normas. É um autocontrole que não é controle. Toumanov considerava o controle jurisdicional um obstáculo ao desenvolvimento da legislação. Mas é isso que se procura para limitar o poder e evitar o abuso. Oportuno lembrar Montesquieu:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tiranas para executá-las tiranicamente” e “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. Conforme o artigo 6º da Constituição da URSS, a força dirigente, e orientadora, o núcleo do sistema político é o Partido Comunista. Pelo artigo 7º as organizações sociais participam na gestão dos assuntos do Estado e da sociedade, na resolução dos problemas políticos, econômicos, sociais e culturais. O artigo 9º amplia a participação, reforça o controle popular, amplia a publicidade e consideração permanente da opinião pública.

O artigo 92 afirma que os “Soviets” de deputados do povo criam órgãos de controle popular que conjugam o controle estadual com o controle social exercido pelos trabalhadores. Conforme o artigo 104º os deputados continuam em suas profissões ou cargos e são dispensados para as sessões. Art. 105º “os deputados têm o direito de interpelar os correspondentes órgãos do Estado e funcionários públicos que são obrigados a responder à interpelação na sessão do “Soviet”.

Os deputados têm o direito de dirigirem-se a todos os órgãos estaduais e sociais, empresas, instituições e organizações... e participarem na sua apreciação. Os dirigentes... “têm o dever de receber sem demora os deputados e de examinar as suas propostas dentro dos prazos estabelecidos pela lei”.

Depreende-se do exposto, que, de formas semelhantes, iguais ou não, existem afinidades de propostas, objetivos e meios entre o decreto e o sistema soviético.

É democrático ou arbitrário? Exorbita? Invade funções de outros poderes? Censura? É constitucional ou inconstitucional?

O Decreto nº 8.243 de 23 de maio de 2014, rejeitado, tem estrutura e funções semelhantes à constituição da URSS de 1977 e sua emenda. O decreto que foi afastado como um todo está retornando no varejo.

Um sistema de partido ou domínio único, sem alternativas. A lista de candidatos é preparada pelo partido. Não há liberdade para candidatar-se. Há eleições e poderá haver todos os dias, mas só podem votar nos que constam da lista adredemente preparada. Os órgãos do executivo, judiciário seguem os mesmos critérios. Há um controle pelos órgãos administrativos, políticos e sociais. Em todos são garantidas maiorias do governo: No Comitê Governamental de Participação Social, nos conselhos populares, nas mesas de diálogos e de monitoramento, nas comissões, nas secretarias, nas agências reguladoras. Não se pode falar em Democracia relativa e quando mencionada por clássicos, expressam democracia autoritária, democracia totalitária, revelam participação popular controlada, restrições às liberdades. Isso é outra coisa, mas nunca democracia que tem seus elementos, suas características, seus objetos como um ideal a ser perseguido.

Deve haver um elevado nível ético da classe política, afastando as patranhas componentes de narrativas iníquas, na busca da verdade, como dizia Alzaga no processo constituinte espanhol, lembrando o poeta Antonio Machado:

“Tu verdad no, la verdad. Vamos juntos buscarla. La tuyaguardatela”.

Deve-se estimular a participação popular por todos os meios, evitando prisões desumanas, ameaças, medo de pronunciar-se, que podem ser caracterizados por terrorismo e tortura, também, vedados pela Lei Maior. Desta maneira teremos uma verdadeira ou maior aproximação da democracia. Todavia, a Lei Suprema a ser respeitada é a em vigor e não a de cada um. Estão sujeitos a ela o setor privado e o público, pessoas físicas e jurídicas.

3. DIREITO

“É uma vinculação bilateral atributiva de conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência”.¹⁵

Estado de Direito. É um termo que aparece com os juristas alemães na segunda metade do Século XIX, é utilizado para expressar a exigência política que o próprio Estado, concebido como “poder” é submetido ao direito e que o arbítrio é excluído. O Estado de Direito, assim entendido, exige uma estruturação deliberada da hierarquia das normas. Trata-se da “Supremacia da Constituição” e o respeito dos “direitos fundamentais”.¹⁶

4. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste, o poder do Estado está limitado aos direitos dos cidadãos. Deve haver a prevalência da vontade popular e coibir os abusos dos órgãos estatais em relação ao indivíduo. Os três poderes estão limitados pela Constituição que foi estabelecida por um poder constituinte, com representantes extraordinários, eleitos pelo povo. Salvo as cláusulas pétreas, que não podem ser abolidas, só podem ser emendadas por 3/5, em dois turnos, em cada Casa do Congresso. No Brasil, a Constituição Federal, de 1988, ao tratar dos Princípios Fundamentais, em seu artigo 1º expressa: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania, II – a cidadania; III – a dignidade à pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político; parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Antidemocrático. Significa contrário à democracia. Para sabermos se um ato é antidemocrático, no Estado Democrático de Direito, impõe o conhecimento dos conceitos expostos, de Estado, de direito, de democracia e da constituição em vigor. Esta deve ser respeitada, embora seja salutar o conhecimento, o debate, as teses, as opiniões sobre as demais hipóteses e alternativas, no uso das liberdades e imunidades constitucionais.

15. REALE, Miguel. Curso de Filosofia do Direito, Tit – XI, Cap. XLVI, §248 (12^aed. P.703)

16. FAVOREU, Louis et al. Droit constitutionnel, 4. Ed. Paris. Dalloz. 2001, págs. 80-81.

Se os atos, as manifestações, as expressões e as informações estão de acordo com o Texto Superior, são democráticos. Caso contrário será antidemocrático.

Da mesma forma deveremos conceituar: a censura, o golpe, “Fake News”, tortura, terrorismo, o medo, o genocídio, o crime contra a humanidade, nazismo, ditadura, o flagrante, a prisão com individualização e separação, humanismo, dignidade da pessoa humana e do preso, o devido processo legal, as competências, a provocação do judiciário para agir, o respeito à Procuradoria Geral da República e seus pedidos, etc. expressos na Lei Superior e nas leis infraconstitucionais.

Somente após poderemos saber o que são atos antidemocráticos, quem os pratica, enfim, quem são os néscios e quem são os justos.

5. SOBERANIA¹⁷

Hodiernamente assistimos o debate sobre a soberania. São acusações de invasões de uns em soberania de outros, quando eles próprios desrespeitam a verdadeira soberania.

Soberania, segundo Bodin: “é à força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual esta se desfaria. Ela cristaliza o intercâmbio de comando e de obediência, imposto pela natureza das coisas a todo grupo social que quer viver. É o Poder absoluto e perpétuo de uma República”. “Miguel Reale ensina que: é o poder que tem uma nação de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “é a ausência de subordinação. Uma ordem estatal não pode submeter-se a outra da mesma espécie”. Dalmo Dallari afirma: “o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências”.

Soberania do Latim “soberanus” é o superlativo de “super” significa a qualidade do poder, poder ou autoridade suprema. O poder no superlativo relativo de superioridade, ou seja quem tem mais poder em relação aos demais” (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira).

Verificamos que a soberania possui duas faces: a interna e a externa. A primeira significa quem tem mais poder, o poder no superlativo, não é 17. TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. “A federalização das novas comunidades: A questão da soberania”.

total porque tem limites internos. A segunda quer dizer ausência de subordinação em relação a outro Estado ou poder; como demonstra Louis Favoreu: “trata-se de um sistema jurídico ‘soberano’ porque não submetido diretamente às normas de outro Estado”.

O Brasil e os Estados Unidos são dois Estados soberanos, independentes e trocam acusações sobre ingerências de um no outro. De um lado apontam a Lei Magnitsky e de outros atos de agentes públicos que atingem cidadãos dos países opositos em suas liberdades de expressão, direitos fundamentais e corrupção.

O Brasil que se defende, alegando a soberania, manifestou-se para regulação da comunicação social, pela China, em seu próprio território; deu asilo político para presidiária peruana e quer a extradição, de deputada cidadã brasileira/italiana; seu presidente viajou, visitou e fotografou-se ao lado da presidiária argentina portanto cartaz contrário à decisão daquele país; pretendeu resolver a questão Rússia/Ucrânia “tomando uma cervejinha”. Há interferência na soberania de outros países, por quem não quer em seu próprio território.

Ainda mais, pretende bloquear contas alegando atos antidemocráticos, aplicar multas, tirar do ar as redes sociais americanas, obrigá-las a fornecer representante e endereço no Brasil para serem intimadas e receberem notificações por desrespeito às normas brasileiras, além de alcançar com suas normas pessoas com cidadania americana e residem nos Estados Unidos.

Os americanos afirmam que o bloqueio de plataformas, pelo Brasil, é antidemocrático. O Departamento de Estado esclarece que multar empresas sediadas nos Estados Unidos é incompatível com os valores democráticos. Empresas moveram ação acusando de censura à política de direita, abuso de “decretos extraterritoriais” violando a soberania dos Estados Unidos da América. Demonstram que não confundem “liberdade de expressão” com uma inexistente liberdade de agressão, nem censura com proibição constitucional ao discurso de ódio e de incitação a atos antidemocráticos, mas aplicam fielmente a sua lei maior e os demais mandamentos que punem os abusos, mas garantem a liberdade.

“O Estado é uma ordem jurídica, soberana, que tem por fim o bem comum de um povo, situado em determinado território”. (Dalmo Dallari).

Cada uma tem o compromisso de estabelecer o bem comum de seu povo e obedece aos critérios para atingir seus fins, com respeito aos demais povos. Aliás, protegendo-os, como preveem o direito humanitário, a legítima defesa internacional, permitindo, nesses casos, a atuação de um ou mais Estados em outro(s), exemplos: KUWAIT/IRAQUE e Saddam/USA.

A Emenda número 1 da Constituição Americana diz: “Congresso não fará lei a respeito de estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo, pacificamente, para reunir-se, e peticionar ao governo para uma reparação de queixas”.

Convém destacar que impede ao congresso aprovar uma lei determinando uma religião para os Estados Unidos ou afastando a liberdade de culto que agrada a cada um. Impede, ainda, o afastamento ou restrição da liberdade de expressão, ou de imprensa. Os cidadãos podem proteger-se contra danos, insultos falados ou escritos sobre eles, por ações civis e ninguém pode advogar a derrota do governo por guerra. O Congresso não pode afastar o direito de reunião pacífica. Tumultos ou motins podem ser dissolvidos desde que não sejam pacíficos. O direito de peticionar o governo por algum reparo (correção), desejado, feito por ele ou alguma queixa feita contra ele não pode ser suspensa. A 1^a Emenda garante cinco liberdades: religiosa, de expressão, de imprensa, de reunião e de petição. É a 1^a das 10 Emendas, ratificadas e adicionadas à Constituição no dia 15 de dezembro de 1791, que compõem o “Bill of Rights”, Declaração de Direitos, desejada pelo povo dos Estados Unidos. Diante dos fatos, no Brasil, poderíamos citar outras Emendas Americanas, como por exemplo, a nº 5, pela qual o acusado “não poderá ser forçado a dar informações contra si e não poderá ser executado, preso ou multado, excepto pelo devido processo legal”. Ainda mais, pela individualização da pena, devem-se evitar ameaças a familiares do acusado. Os direitos não poderão ser reduzidos e nem interrompidos o seu exercício.

Com relação às sanções, mesmo não havendo bens nos EUA, tendo seu nome incluído na lista SND do Escritório de Controle de Ativos Estrangeiros, todas as instituições financeiras imediatamente fecham a conta

bancária, inclusive no Brasil e isso poderá ocorrer a qualquer momento através da Lei Magnitsky. Esta autoriza o presidente dos Estados Unidos a impor sanções econômicas e negar a entrada no território americano de pessoas acusadas de corrupção ou violação de direitos humanos. Aplica-se a pessoas que, no entendimento do presidente sejam responsáveis por execuções extrajudiciais, tortura ou outras violações graves dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos ou, então, um oficial de governo estrangeiro responsável por atos de corrupção significativa. A lista SND contém indivíduos e entidades que têm seus ativos bloqueados e os Estados Unidos proíbe seus cidadãos e empresas de fazerem negócios com integrantes da lista.

A primeira Emenda à Constituição americana e a Lei Magnitsky procuram realizar o bem comum do povo. Aplicam-se soberanamente, no seu território. Não subordinam outros Estados e nem interferem em sua independência. Proíbem seus cidadãos e empresas de fazerem negócios com integrantes da lista, que contrariam seus valores, violam os direitos humanos ou praticam corrupção significativa, na defesa de seus próprios interesses.

O Brasil da mesma forma é independente insubordinado externamente e tem suas autoridades para o exercício dos poderes internos.

Ambos são soberanos para as questões políticas; para as normas abertas, para os relativistas, para os neoconstitucionalistas, para os consequencialistas, para os neoconsequencialistas, decidirem o que é melhor para o povo, com segurança jurídica.

6. SEPARAÇÃO DE PODERES AS FRAQUEZAS DO PODER LEGISLATIVO

Temos três fórmulas para limitação do Poder. A funcional separa as funções do Poder, a do Estado Federal dá atribuições à União, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios e Proteção dos DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A divisão funcional dá ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, respectivamente, as funções para legislar, executar e julgar.

Segundo Locke:

“O Legislativo é o Supremo Poder. A ele os outros devem ser subordinados, mas permanece no povo o poder supremo para remover ou mudar o Legislativo quando este trair a confiança, contrariá-la”¹⁸

O poder é devolvido às mãos de quem o deu e que poderá colocá-lo, novamente, onde pensam ser melhor para segurança e garantia de liberdade e propriedade.

Montesquieu¹⁹, no “O Espírito das Leis”, Livro Décimo Primeiro, capítulo III, afirma que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. No capítulo seguinte esta liberdade encontra-se, unicamente em governos moderados, quando não se abusa do poder, mas que a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites e é preciso que o poder freie o poder e que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite. No capítulo VI:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.

“Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo o juiz poderia ter a força de um opressor”.

“Tudo estaria perdido se o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

“Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito”.

Loewenstein²⁰ apresenta uma nova tripartição das funções dos poderes, sugerida com base na distinção entre “policydetermination, policye-

18. LOCKE, John. *Second treatise of Government*, Chap. XIII, §149.

19. MONTESQUIEU, *Espírito das Leis*, Livro Décimo Primeiro, Capítulos III, IV e VI

20. LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power & Governmental Process*, págs. 42 a 52

xecution e policycontrol”. Correspondem às funções governamentais, administrativas, de controle político pelo parlamento e controle formal pelo Judiciário. Afirma que sob a nova divisão tripartite, a função judicial sofre uma significante “capitis deminutio”. Sob a visão de Locke o judiciário não participa de processo do poder. Nem se sentiu Montesquieu compelido a elevar o judiciário à classificação dos outros dois poderes “torna-se, por assim dizer, invisível e quase nulo”, mero aplicador de normas gerais aos casos individuais.

Interpenetração dos Poderes. Apesar do artigo 2º, da Lei Maior, expressar que os poderes são independentes e harmônicos e verificarmos funções próprias de cada um, há uma interpenetração de poderes. Quer dizer, um poder, em determinados casos, está autorizado a exercer função pertencente a outro. Não se trata de invasão indevida, mas sim de permissão constitucional e dentro dos limites dessa concessão. Assim, o Poder Legislativo administra ao admitir funcionários para sua secretaria; julga, pelo Senado, o presidente da República, nos crimes de responsabilidade, conforme artigo 52, I da Constituição Federal de 1988. O Poder Judiciário, também, administra quando organiza suas secretarias e pessoal; participa da elaboração de leis de sua organização, conforme artigo 96, II, CF; com a proibição do “non liquet” no direito brasileiro, quer dizer, não poderá deixar de julgar quando há omissão ou lacuna da lei, legisla na integração do direito, mas espera-se o respeito limitativo, ao aplicar a analogia, os princípios gerais do direito, o costume, a equidade, agindo como se fosse o legislador e considerando as técnicas de interpretação: gramatical, histórica, lógico-sistemática, teleológica, bem como, a hierarquia das normas.

Poderá ocorrer uma omissão intencional do Poder Legislativo, sabedor da oportunidade e conveniência da regulamentação constitucional e ao Supremo Tribunal Federal cabe apenas dar ciência ao Legislativo, conforme artigo 103, §2º e não normatizar em substituição.

Interdependência dos Poderes. Esta não se confunde com a interpenetração dos poderes, onde há a possibilidade, permitida, para um poder exercer função de outro.

A interdependência acontece no sistema de governo parlamentarista. Neste o Executivo depende do legislativo para manter-se e o Legislativo pode ser dissolvido pelo governo.

Omissão do Poder Legislativo, Minorias no Supremo Tribunal Federal, Judicializaçāo da Política. Um Poder Legislativo, ineficiente em suas tarefas de legislação e regulamentação aumenta as tarefas do Poder Judiciário. Acresentam-se as derrotas das minorias que recorrem, excessivamente, às vezes desnecessariamente, por quaisquer questões, intencionalmente ou não, ao Poder julgador, avolumando a carga para sua atuação, cujas decisões afetam a governabilidade, com a judicialização da política. O Supremo Tribunal Federal julga os membros do Congresso, conforme artigos 53, §1º e artigo 102, I, b, da Lei Magna, nos crimes comuns. Quando o Poder Judiciário cumpre suas competências, dentro de seus limites, ou vai além, respeitando a permissividade constitucional, trata-se não de invasão de funções dos demais poderes, mas de permissão e evita-se a denominação de “ativismo judicial”.

Mais do que reformas a correção da soberba, do delírio, da alucinação, do egocentrismo egotista, que consomem a razão e conduzem às distorções catastróficas.

Algumas autoridades confundem isenção, equilíbrio, das atitudes, com seus pensamentos atrabiliários e trocam as verdades subjetivas e objetivas, invertem os valores, substituem o certo pelo errado na crença de sua superioridade que, na realidade revela a inteligência limitada dos nescios. Novamente lembramos Montesquieu,

“O Espírito das Leis”, Livro Terceiro, Capítulo V:

“A ambição na ociosidade, a baixeza no orgulho, o desejo de enriquecer sem trabalhar, a aversão pela verdade, a lisonja, a traição, a perfídia, o abandono de todos os compromissos, o desprezo pelos deveres do cidadão, o medo pela virtude do princípio, a esperança em suas fraquezas e, mais do que tudo isso, o perpétuo ridículo lançado sobre a virtude, formam creio, o caráter da maioria dos cortesãos, observados em todos os lugares e em todos os tempos. Ora, é muito lamentável que a maioria dos principais de um Estado sejam pessoas desonestas e que seus inferiores sejam pessoas de bem: que aqueles sejam mentirosos e só aceitam ser tolos”.²¹

21. MONTESQUIEU. Espírito das Leis, Livro Terceiro, Capítulo V

Todavia, o Poder Constituinte Originário, não olvidou para estabelecer no Título IV, da Organização do Poderes, capítulo I, Do Poder Legislativo, Seção II, Das atribuições do Congresso Nacional, artigo 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”. Pode, portanto, o Poder Legislativo, e é indelegável, corrigir os excessos cometidos pelos demais Poderes, quando extrapolam suas funções. Além disso, o Senado Federal, conforme artigo 52, I e II, tem a competência para julgar, entre outras autoridades o Presidente da República, seu Vice, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União, por crimes de responsabilidade previstos na Lei 1079/1950, artigos 1º, 39, 40. Cumpre lembrar mais. O artigo 142 da Lei Maior para garantia dos poderes constitucionais e por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem; apesar das divergências a iniciativa de um poder, as evidências no descumprimento da lei e da ordem por qualquer outro e o apoio popular, soberano, poderão ser decisivos.

Pelo exposto, neste breve esforço, a doutrina ensina, a lei determina para que sejam tomadas as decisões. Apesar de tudo, se o Poder Legislativo não toma as decisões por ineficiência, omissão injustificável, permite atuação do Judiciário em questões políticas, atendendo ação inadequada das minorias, admitindo o ativismo judiciário indevido, revela a fraqueza. A causa poderá ser uma tibieza ínsita, mas também, o temor porque um poder julga o outro e todos arquivam. Seja qual for não infirmam a fraqueza.

7. DIREITOS: CONCEITO, ORIGEM e EVOLUÇÃO.

Iniciando pelos direitos fundamentais, necessário é um conceito de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais. Segundo Schmitt, Direitos Fundamentais, em seu aspecto formal, são os Direitos Humanos positivados pela Constituição. Os Direitos Humanos, como o próprio nome está a dizer, são os inerentes a todos os seres humanos, sem discriminação. Já os Direitos Fundamentais são os inerentes a todos os indivíduos que estejam vinculados de alguma forma, a determinado estado.²²

22. SCHMITT, Carl. In. PINHEIRO, Carla. Direito Internacional e Direitos Fundamentais, págs. 22-23
DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, págs 75-76

Com Dalmo Dallari poderemos afirmar: os direitos fundamentais são encontrados em documentos legislativos da antiguidade. São direitos que estão acima da vontade dos governantes. Na Idade Média, embora sem o caráter de declarações abstratas de direitos os encontramos, por exemplo, na legislação dos povos germânicos, com regras da vida social, implicitamente, contendo direitos fundamentais. Mas foi na Inglaterra já no final da Idade Média o surgimento de afirmações precursoras das futuras Declarações de Direitos.²³

A Declaração de Direitos constitui-se em um dos tópicos mais importantes do constitucionalismo, considerada um de seus pilares sustentadores. É o que encontramos no artigo 16 da Declaração de Direitos de 1789, que coloca a garantia dos direitos, ao lado da separação de poderes, como condições para a existência de uma Constituição.

Hodiernamente, há uma preocupação com sua efetivação, a eficácia. É uma necessidade que levou Raymond Aron a discorrer sobre a liberdade formal e a liberdade real em seu “*Essaisurleslibertés*”. Um dos aspectos para efetivar a relação de direitos é a forma de estado adotada pela sociedade.

A Constituição brasileira de 1988 é exaustiva, oferecendo um Título, o II, aos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo em cinco capítulos: o I, dos direitos e deveres individuais e coletivos; o II, dos direitos sociais; o III, da nacionalidade; o IV, dos direitos políticos e o V, dos partidos políticos. O que se pretende não é o estabelecimento de muitos direitos sem os meios para torná-los eficazes; nem poucos, porém exequíveis, mas muitos e executáveis.

8. CONCLUSÕES

Para aplicar o Estado Democrático de Direito, faz-se necessário, saber o que é Estado, o que é Democracia e o que é Direito.

Diante dos vários tipos de democracia, não se pode adotar um conceito subjetivo, mas levar em consideração, o texto constitucional em vigor. Deve-se procurar a intersubjetividade objetiva.

O Estado é de direito porque alcança os cidadãos e submete, inclusivo, o Estado e seus agentes.

23. ARON, Raymond. *Essaisurleslibertés*, pág. 138

A soberania é importante, significa independência, insubordinação direta a outro Estado, mas limita internamente os agentes públicos que têm mais poder. Ter mais poder não quer dizer poder total. Têm e devem obedecer a limites.

A Separação funcional dos poderes estabelece atividades do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Permite algumas exceções para lacunas, omissões. Quando exerce, o Judiciário, essas funções excepcionais são apenas para casos concretos, levados a ele. Não deve assumir a função de legislador. Esta é do Legislativo que sabe da oportunidade e da conveniência.

Muitas vezes a lacuna é intencional, o judiciário que não é o competente, não sabe da oportunidade e da conveniência, legisla ou impõe medidas gerais. Deveria, quando necessário, julgar apenas para o caso concreto.

Impõe-se a atenção com o respeito aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais. Verificar se não estão sendo desrespeitados direta e/ou indiretamente, expressa ou implicitamente.

Com estas observações entendo que, o cidadão e o Estado – seus agentes, submetidos ao direito, obedecendo a Constituição, seus limites e a legislação infraconstitucional, caminharemos para o Estado Democrático de Direito. Assim determina o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

9. BIBLIOGRAFIA

ALAIN. Alain Propos sur les pouvoirs. France Gallimard, 1985

ARISTÓTELES. A Política. Col. “Universidade. Ed. Tecnoplant. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro.

ARON, Raymond. Democratie e Totalitarisme. France, Gallimard, 1965

_____, Essais sur les libertés. Librairie Générale Françoise (Pluriel). Paris, 1965.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 1988.

DAHL, Robert A. Poliarchy. New Haven Yale University Press. 1979.

DUVERGER, Maurice. Les Partis Politiques. 3ª. ed., Paris, Armand Colin, 1958.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstituição da Democracia*. São Paulo, Saraiva, 1979.
- _____, *Sete vezes Democracia*. São Paulo, Ed,Convívio, 1977.
- FAVOREU. Louis, Gaia Patrick. Ghevontian Richard et al. *DroitConstitutionnel*, 4^a.ed. Paris, Dalloz, 2000.
- HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Trad. Esp., Barcelona, Ariel, 1980.
- HOLANDA FERREIRA, AURÉLIO Buarque de, Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo, 11a.ed., Cia. Nacional, 1972.
- LOCKE, John. *SecondtreatiseofGovernment*. Indianapolis. Cambridge: Hackett PublishingCo. Inc., 1980.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power &GovernmentalProcess*. Chicago, The Universityof Chicago Press, 2^a ed. 1965.
- MARTINS, Ives Gandrada Silva. *Uma breve teoria sobre o Constitucionalismo*. Porto Alegre. Lex Magister, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países* Lisboa: Casa da Moeda, 1979.
- MONTEQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília, Un. Brasília, 1982.
- PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Atlas S.A. 2001.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 3^a. ed. São Paulo, Ed. Martins, 1970.
- _____, *Filosofia do Direito*. 12^a ed. São Paulo. Saraiva, 1987.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo Cultrix, Edição 9876, Ano 23456789 Ed. ano
- SCHIMMITT, Carl. *La Defensa de laConstitución*: Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid, Tecnos, 1982.
- SOUZA JUNIOR, Cézar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

TORRECILLAS RAMOS, Dircêo. Autoritarismo e Democracia – O Exemplo Constitucional Espanhol. WVC Editora, 2^a Ed. 1998.

_____, Dircêo. A federalização das novas comunidades: a questão do soberania. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CONSTITUIÇÕES:

CONSTITUIÇÃO brasileira de 5 de outubro de 1988.

CONSTITUIÇÃO Cubana de 24 de fevereiro de 1976.

CONSTITUIÇÃO da República Socialista Soviética de 7 de outubro de 1977 com a reforma de 1990.

III

ESTUDO SOBRE FINANÇAS PÚBLICAS E TRIBUTAÇÃO NO BRASIL E NOS EUA STUDY ON PUBLIC FINANCES AND TAXATION IN BRAZIL AND USA

Angélica Chamon Layoun²⁴

Eduardo Marcial Ferreira Jardim²⁵

Resumo: O presente Estudo preordena-se a analisar criticamente o binômio das Finanças Públicas e Tributação no cenário comparado entre Brasil e Estados Unidos. Nessa trilha, quer-se demonstrar a elevada carga tributária entre nós ante à norte-americana, seja no âmbito dos Estados, seja no contraste entre a arrecadação total e o PIB de cada um dos países sob exame. Outrossim, quer-se, também, questionar a incompletude da autonomia financeira das unidades federadas no Brasil e perquirir sobre o modelo estadunidense. Ademais, torna-se de mister, da mesma forma, destacar as vicissitudes das finanças públicas entre nós, notadamente os supersalários e os gastos que não traduzem minimamente o interesse da sociedade que é justamente quem paga a conta.

Palavras-chave: Finanças Públicas e Tributação; Brasil e EUA; Carga tributária, Autonomia Financeira das unidades federadas; Essência do Pacto Federativo; Propostas; Conclusões.

Abstract: This study aims to critically analyze the relationship between Public Finances and Taxation in a comparative scenario between Brazil and the United States. In this vein, it seeks to demonstrate the

24. Juíza 2016–2025; Analista do TRF1 2013–2016. Advogada no Escritório Cateb Advogados & Associados. Pós-graduada em Controladoria, Auditoria e Compliance pela PUC-RS. Membro da ACFE. Membro do IBEDAFT. Mestranda em Financial Engineering na WQU, Washington, D. C.

25. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Emérito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autor de obras jurídicas, membro de Academias de Direito e Sócio de Eduardo Jardim e Advogados Associados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8750317344050177>. Email: eduardo@eduardojardim.com.br

high tax burden in Brazil compared to the United States, both at the state level and in the contrast between total revenue and GDP in each of the countries under examination. Furthermore, it also aims to question the incompleteness of the financial autonomy of the federated units in Brazil and to inquire about the American model. Moreover, it is equally necessary to highlight the vicissitudes of public finances in Brazil, notably the excessive salaries and expenditures that do not minimally reflect the interests of society, which is precisely the one that pays the bill.

Keywords: Public Finances and Taxation; Brazil and the USA; Tax burden; Financial autonomy of federated units; Essence of the Federal Pact; Proposals; Conclusions.

Sumário: Introdução. I. Tributação no Brasil e nos Estados Unidos. 2. Unidades Federadas sem autonomia financeira. 2.1 A equivocidade da chamada guerra fiscal. 3. Estados e cidades norte-americanas ao lume das finanças públicas e tributação. 4. Cenário comparado. Brasil e EUA. Conclusões. Propostas. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente Estudo tem por desígnio um exame comparado das finanças públicas e da tributação no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte, especialmente no tocante à autonomia financeira das entidades federadas, bem como a tributação dos Estados e a dimensão da carga tributária total, tanto cá, como lá.

O problema tematizado focaliza basicamente o grau de autossuficiência das entidades federadas em termos de receitas próprias nos dois países, sendo sabido, de antemão, que entre nós milhares de Municípios não desfrutam de arrecadação tributária própria para se manterem, o mesmo ocorrendo, de certa forma, no âmbito dos Estados.

Entre nós, é sabido e ressabido que a apontada carência de recursos provenientes da arrecadação tributária já revela, desde logo, um flagrante descompasso com o pacto federativo, o qual pressupõe um mínimo de autonomia. Em suma, quem não pode pagar suas contas e, por isso, depende de terceiros, não tem autonomia.

Se por um lado as circunstâncias desfavoráveis brasileiras são conhecidas, há outros desconcertos que serão questionados, dentre os quais, a absurda partilha dos Fundos de Participação dos Estados/FPE e dos Fundos de participação dos Municípios/FPM.

Outrossim, o mesmo assunto será analisado nos Estados Unidos, o que será também contrastado com o modelo brasileiro, não tomando como paradigma o padrão norte-americano, per se, mas avaliando criticamente o arquétipo tupiniquim.

Como decorrência desse modelo teratológico, temos um alto Custo Brasil e um descaso orçamentário em múltiplas áreas, sobretudo na segurança pública, além da ausência de comprometimento do País Chapa-Branca.

Posto isso, passemos a refletir com detença acerca de cada um dos tópicos sub examine, todo sob o esmeril da lógica em si e da lógica do Direito, apresentando, ao final, as propostas que poderiam ser adotadas para resolver tantos impasses que habitam o Direito pátrio.

1. TRIBUTAÇÃO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

Por incrível que possa parecer, mesmo sendo um país rico e hegemônico, os Estados Unidos da América do Norte tributam menos que o Brasil! Vejamos alguns exemplos interessantes no plano estadual, em que o nosso ICMS mercantil é excessivamente mais elevado que o gravame sobre vendas estadunidense.

Conquanto tenhamos patamares diferentes de alíquotas nos diversos Estados, a maioria das operações de venda e compra são gravadas com um percentual médio em torno de 18%, convindo observar que, em alguns casos, a alíquota chega a 25%.

Já nos EUA, o imposto sobre vendas – State Sales Tax – comprehende alíquotas entre zero e 9,56%, sendo esta adotada em pouquíssimos Estados, a exemplo de Louisiana (9,56%), Tennessee (9,55%), Arkansas (9,45%), Washington (9,38%) e Alabama (9,29%), tudo na estrita conformidade com os dados constantes da Tax Foundation (2025).

Por outro lado, os cinco estados com as menores taxas médias combinadas são Alasca (1,82%), Havaí (4,50%), Wyoming (5,44%), Maine (5,50%) e Wisconsin (5,70%).

Ao demais, há Estados que não cobram o referido imposto, caso de Alasca, Delaware, Montana, New Hampshire e Oregon.

Em suma, há diferença sobremodo significativa, porquanto o ICMS tupiniquim é anos luz mais elevado que o State Sales Tax, sem conta que lá, ao contrário do Brasil, o dinheiro proveniente do aludido gravame estadual é suficiente para as despesas das unidades federativas.

Nesse plano comparativo, cabe lembrar, sob o ponto de vista contextual, que a relação entre a arrecadação tributária nacional e o PIB norte-americano é de 26,9% enquanto a brasileira totaliza 33%!

2. UNIDADES FEDERADAS SEM AUTONOMIA FINANCEIRA

Em princípio, num Pacto Federativo a autonomia financeira das unidades federadas representa um pressuposto dos pressupostos. Entretanto, seria até razoável admitir que uma parcela da arrecadação nacional fosse partilhada de modo que favorecesse os entes menos aquinhoadas.

Tal postura seria efetivada em nome da solidariedade e na busca por um mínimo de igualdade entre os Estados e Municípios e os seus habitantes, tendo por vértice o postulado da isonomia entre as pessoas constitucionais e o da igualdade entre os cidadãos.

Ademais, esse propósito haveria de ser temporário, sob pena de destoar dos primados da isonomia e da igualdade prefalados, ou seja, após um dado lapso temporal o plus imerso no repasse deveria ser gradualmente reduzido até sua extinção ou, no mínimo, respeitado um paradigma mínimo em harmonia com a essência da forma Federal de Estado.

Entretanto, um expressivo número de Estados e Municípios não têm recursos próprios para pagar as suas contas e, ao contrário de mitigar o problema, o País resolveu o impasse da pior forma possível, medida em que editou um diploma complementar – LC 62/1989 –, o qual estabeleceu que as entidades mais prósperas pagariam as contas dos menos aquinhoados. Tanto é verdade que o texto original da Lei in casu estabelece a repar-

tição da arrecadação federal em 85% para os estados das Regiões Norte-Nordeste e Centro-Oeste, restando 15% para as Regiões Sul e Sudeste. A aludida LC foi alterada por legislação superveniente que modificou aqueles percentuais para fatores que, em última análise, mantem o censurável status quo.

Adotemos uma metáfora para ilustrar o pensamento, na medida em que o Estado/País teria a feição de um macro condomínio, donde os seus condôminos/habitantes teriam que custeá-lo.

Por óbvio, assim como num condomínio comum todos arcariam igualmente com as despesas, mas no imaginário macro condomínio/Estado alguns pagariam pelos outros, e o que é pior, fazendo-o em caráter permanente e definitivo.

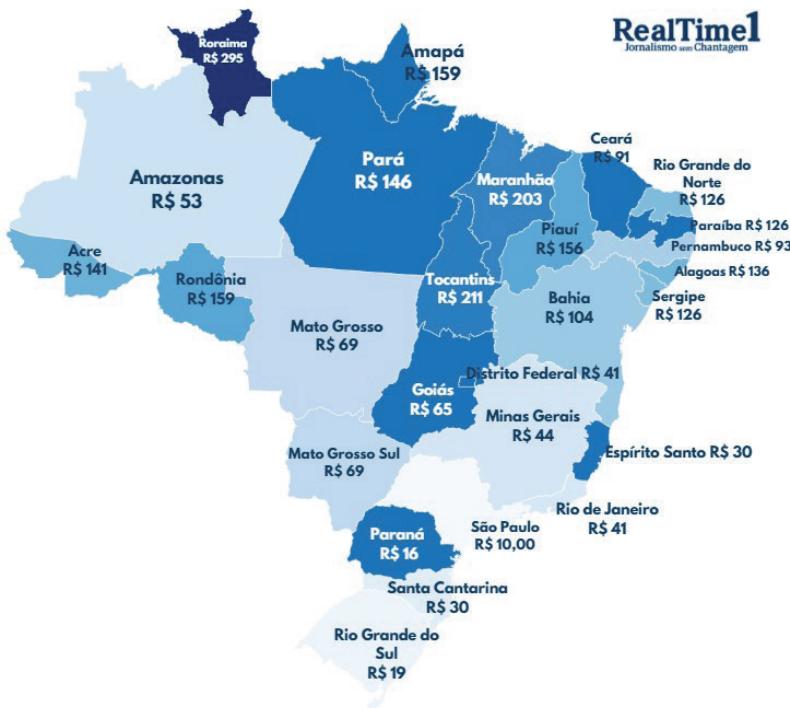
Por todas as veras, o exemplo mencionado revela um absurdo de fato e uma teratologia jurídica em termos de Pacto Federativo. Causa irresignação dar conta que um tema dessa dimensão não é questionado em nenhum lugar, nem na mídia, nem pelo poder político, nem no Congresso Nacional que teria o poder/dever de por fim à aludida heresia ante o Direito.

Posto isso, tragamos à colação um exemplo incrível de afronta à razoabilidade tão bem prelecionada por RecasensSiches (1973) que também ultraja à quintessência do Pacto Federativo. Com efeito, a aludida absurdidade consiste no valor que a União Federal arrecada e devolve com relação a determinados Estados.

Destarte, para cada 100 reais recebidos, a União devolve 295 reais a Roraima, 211 reais ao Tocantins, 203 reais ao Maranhão e apenas 10 reais a São Paulo. Oh myGod! diriam os ingleses.

Agrava mais o quadro, a circunstância pela qual o Estado de São Paulo concorre com 38% da arrecadação nacional, a passo que Roraima, Tocantins e Maranhão representam menos de 1% da arrecadação total, vale dizer, 0,10%; 0,28%; e 0,81%, respectivamente (Impostômetro, 2025).

Para ilustrar essa dinâmica, reproduzimos o mapa abaixo da Real Time1, a saber:



Source: [IGBE via HDX \(boundaries\)](#)

Como se vê, o mapa estampa a arrecadação federal em cada Estado e a consequencial distribuição em franca desconformidade com a razoabilidade e com as matrizes constitucionais da isonomia e da igualdade entre os Estados.

Outrossim, o problema não se exaure no âmbito dos Estados, porquanto entre cada dez municípios, três não dispõem de recursos para pagar as próprias contas (Moura, 2023).

Temos no Brasil um expressivo número de Municípios que não dispõem de recursos para pagar as suas contas, alguns inclusive com população diminuta, sem qualquer possibilidade de gerar recursos para suportar suas despesas. Nesse sentido, há municípios com aproximadamente mil habitantes e que já por isso jamais poderiam desfrutar da condição de unidade federada. São eles, dentre outros: Serra da Saudade (MG), com

831 habitantes (dados do Censo 2022), é o município menos populoso do País; Borá (SP), é a segunda menor cidade, com 907 moradores em 2022; e Anhanguera (GO), que ocupa a terceira posição, com 924 habitantes. Logo, assim como tantos outros, esses Municípios vivem de carona de repasses dos Fundos de Participação, onerando o custo Brasil, o que é um rematado despropósito.

Esse conjunto de desconcertos, além de calamitosos e inconstitucionais, culminam por aumentar o custo Brasil, tudo sem nenhuma justificativa e sem nenhuma contrapartida para o taxpayer que suporta o ônus dessa distorção incompetente e irresponsável do Brasil chapa-branca!

À derradeira, não se pode olvidar que os aludidos descompassos encontram-se previstos em legislação manifestamente inconstitucional, porquanto atritam os princípios altaneiros que habitam a Lex Legum, conforme exposto em tópicos precedentes.

2.1 A equivocidade da chamada guerra fiscal

Um fato marcante com referência ao assunto consistiu na instalação da montadora Ford na Bahia. Tal fato ocorreu em virtude de incentivos fiscais do ICMS outorgados pelo Governo de então, o que teria gerado uma concorrência predatória ante os demais Estados.

A contradição afigura-se evidente, pois um dado governo não cobra um determinado imposto, no caso o ICMS, por exemplo e, assim o faz, porque alguém paga as suas contar e o faz mercê dos repasses distorcidos dos FPE/FPM. Lógico, caso contrário seria inviável o incentivo qualificado como predatório.

Ao propósito, não se pode olvidar as lições de Maximiliano ao recomendar que o Direito deve ser interpretado de maneira inteligente e sob uma perspectiva contextual e sistemática, consoante preleciona Juan Manuel Teran.

Por conseguinte, o que gera a chamada guerra fiscal é o desconcerto da partilha dos Fundos de Participação em que a União Federal atribui 85% para a Região Norte, Nordeste e Centro-Oeste e tão somente 15% para o Sul e Sudeste.

Entrementes, ao revés de reparar o erro, o legislador se mostra inclinado a uniformizar as alíquotas com o IBS da Reforma Tributária e, mais uma vez, desrespeita a autonomia do pacto federativo, incorrendo, inclusive numa violação da forma federativa de Estado, na contramão, portanto, da petreideade inscrita no artigo 60 §4º, inciso I, da Constituição da República.

3. ESTADOS E CIDADES NORTE-AMERICANAS AO LUME DAS FINANÇAS PÚBLICAS E TRIBUTAÇÃO

Os EUA revestem a condição de República Federal Democrática e Presidencialista, integrada por 52 Estados e 19.502 Governos Locais, denominados Villages, Towns e Counties, o que equivale aos nossos Municípios.

Como sabido e ressabido, os Estados Unidos abrigam uma das maiores economias do mundo, ocupando uma função de considerável protagonismo no patamar internacional, inclusive em termos de poderio bélico.

No âmbito da tributação, o imposto sobre a renda é de competência comum entre a União e os Governos locais, configurando, assim, uma bistribuição institucionalizada.

De todo o modo, o imposto de renda representa a receita mais relevante na órbita federal, tanto das pessoas físicas, quanto das jurídicas, convindo salientar que a distribuição de lucros e dividendos se assujeita à incidência do referido imposto.

Na seara estadual, as operações de venda e compra são tributadas pelo State Sales Tax, em tese uma modalidade do nosso ICMS mercantil.

Demais disso, há tributos sobre patrimônio, heranças e folha de pagamentos, lembrando que, ao contrário de taxas, os serviços públicos são remunerados por fees ou charges.

Impende destacar que, nos EUA, a tributação sobre o consumo importa em 4,4% do PIB, pelo que a parte mais expressiva da arrecadação deriva dos gravames sobre o patrimônio e a renda.

4. CENÁRIO COMPARADO. BRASIL E EUA

Vejamos, pois, alguns cenários comparados entre o Brasil e os EUA, não só sob a óptica da tributação, mas também sob a concepção de outros tópicos relacionados com a qualidade de vida.

No tocante a aspectos específicos da tributação, já demostramos que a tributação pontual norte-americana é muito menos gravosa do que a brasileira. Nessa vereda objeto de comentos, o imposto estadual dos EUA – 2% usque 8% e o nosso ICMS cuja média é de 18%, isso sem contar que a carga fiscal será majorada com o advento da Reforma Tributária.

Nos EUA, os automóveis são tributados em 10%, enquanto no Brasil o percentual importa entre 30-48%. Não é diferente no caso de gasolina, gravada em 0,33% nos EUA e 30-48% no Brasil. Na mesma trilha se situa o telefone celular, que paga entre 2% e 8% nos EUA, e, no Brasil, 60%, e assim avante.

Os EUA têm 52 Estados e 19.502 Governos Locais equivalentes aos nossos Municípios, com um custo de 26,9% do PIB, ao passo que o Brasil conta com 27 Estados, quase a metade e um número de 5.670 Municípios (IBGE) e, ainda assim, mesmo com uma quantidade sobre-modo inferior de unidades federadas, custa muito mais que os Estados Unidos, ou seja, 33% do PIB.

Lá, os repasses federais representam 31% dos recursos do Governo Federal, enquanto entre nós passam de 50%, sem contar a receita do imposto de renda federal que, retido na fonte pelos Estados e Municípios, pertencem a essas entidades federadas.

Incredível que, com todo esse custo suportado pelo taxpayer brasileiro, ainda assim o dinheiro é sempre insuficiente, tanto que os serviços públicos são de péssima qualidade ou simplesmente inexistem.

Cumpre obtemperar que a verdade, no fundo, é muito pior do que os números aparentam, uma vez que o brasileiro não é dotado de capacidade contributiva equivalente à do americano.

Nesse sentido, em termos de média, o FMI assinala que a renda per capita do americano é de 89 mil dólares e a do brasileiro não passa de 10 mil, o que mostra o quanto a nossa carga tributária é muito mais onerosa do que a norte-americana.

Essas impropriedades ainda revelam todas as imperfeições da Terra de Santa Cruz, pois, como anotado no tópico anterior, nos Estados Unidos os tributos recaem preponderantemente sobre o patrimônio e a renda, enquanto no Brasil, de revés, a tributação incide mais no consumo. Em obséquio ao alegado, basta verificar que nos EUA os gravames sobre o consumo totalizam 4,4% do PIB, ao passo que, entre nós, perfazem 15%!

Por ironia, o art. 145, § 1º, da Constituição Brasileira determina ao legislador que priorize a criação de impostos sobre o patrimônio e a renda porque são os que melhor traduzem a capacidade contributiva do taxpayer. Tal fato demonstra uma verdadeira vocação patológica de descumprir a Constituição, instalando uma sensação de censurável insegurança jurídica

Ademais, em termos de IDH os EUA ocupam o terceiro lugar no ranking mundial, enquanto o Brasil não passa de um pálido 82º nessa classificação. Outra tragédia brasileira é a violência, a qual, ora abordada apenas de passo, simboliza um dos maiores reveses do País, cabendo reafirmar que não falta dinheiro, mercê dos elevados índices de tributação, mas falta competência e compromisso com o bem comum.

Em suma, a visão comparada entre os dois países tem o condão de revelar à saciedade o quão o Custo Brasil é absurdamente elevado a qualquer título seja, e sem contrapartida, tudo na contramão dos valores inscritos na Constituição da República

CONCLUSÕES

Os escólios trazidos à colação revelam inúmeras adversidades que permeiam a qualidade de vida no Brasil, a começar por uma elevada tributação sem nenhuma contrapartida, a qual hospeda um grau de confiscatariedade além dos números, uma vez que recai preponderantemente sobre o consumo e grava os menos aquinhoados, cuja renda per capita é manifestamente inferior ao do estadunidense.

Ao demais, apesar de tanto dinheiro, o Brasil encontra-se classificado na posição 82º do IDH mundial, refletindo, destarte, as vicissitudes em segmentos vitais, como segurança, saúde, educação, transporte, habitação e outros direitos sociais.

PROPOSTAS

I – Quanto à violência, sem olvidar o aprimoramento de políticas sociais, é de mister e urgentíssimo sejam estabelecidas penas severas para todo tipo de crime. Adotemos um exemplo de crime contra a mulher: a) ameaça, pena de dez anos por ameaça; b) agressão 30 anos; e c) feminicídio, 60 anos. Tudo sem nenhum tipo de visita, muito menos íntima, tendo que cumprir em regime fechado sem nenhuma redução.

II – Reduzir a tributação cortando gastos que não dizem respeito ao interesse público, a exemplo do Congresso da Suécia, em que o parlamentar ganha algo em torno de 20 mil reais, sem direito a automóvel, restaurante e muito menos assessor parlamentar e assim avante.

III – Precisamos de uma nova Constituição, como argutamente sugerido pelo festejado Professor Modesto Carvalhosa (2021) e, ao depois, o seu rigoroso cumprimento na trilha da legalidade inspirada por Ruy Barbosa (1891, p. 285-289), a saber: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há solução”.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. Discursos Parlamentares. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1892, 19 v., capítulo XII, p. 285-289, Obras Completas.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm. Acesso em: 12 nov. 2025.

CARVALHOSA, Modesto. Uma nova Constituição para o Brasil: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades. São Paulo: LVM Editora, 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 57 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

- IMPOSTÔMETRO. Disponível em: <https://impostometro.com.br/home>. Acesso em: 11 nov. 2025.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Dicionário de Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Manual de Direito Financeiro e Tributário. 18. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2024.
- MAXIMILIANO, Carlos, Hermenêutica e aplicação do Direito. 20, ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.
- MOURA, Bruno de Freitas. De cada dez municípios, três não têm recursos próprios para se manter. Agência Brasil. Publicado em 31 de outubro de 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-10/de-cada-dez-municipios-tres-nao-tem-recursos-proprios-para-se-manter>. Acesso em: 12 nov. 2025.
- REAL TIME1. Disponível em: <https://realtime1.com.br/>. Acesso em: 11 nov. 2025.
- SICHES, Luis Recasens. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973.
- TAX FOUNDATION. Disponível em: <https://taxfoundation.org/>. Acesso em: 11 nov. 2025.
- TERAN, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. 5. ed. México: Porrúa, 1971.

IV

SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E EXCLUSÃO À LUZ DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS.

SUSPENSION, EXTINCTION AND EXCLUSION OF THE TAX ON CIRCULATION OF GOODS AND SERVICES - ICMS.

Ester da Silva Costa Chaves²⁶

Resumo: O artigo tem, por objetivo, estudar as hipóteses de suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário, e sua constituição, mediante uma espécie de tributo específica: o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, ICMS. Estuda-se, tal tema, com o objetivo de demonstrar o direito tributário em outras áreas, como o direito constitucional, principalmente com a incidência de reforma na matéria tributária via emenda, e trazer clareza ao contribuinte. Por oportuno, o tema chama a atenção por ser algo simples e pouco conhecido, já que não há uma competência exclusiva para garantir a aplicabilidade das hipóteses. Além da finalidade de trazer possibilidades que asseguram a quitação do crédito com a Receita Federal, tem-se, também, por fim, atualizar e informar o sujeito passivo sobre os possíveis impactos da EC 132/2023, Reforma Tributária, em seu cotidiano, tendo em vista que as compras, principalmente por aplicativos, têm se tornado cada vez mais comuns.

Palavras-chave: Suspensão. Extinção. Exclusão. ICMS. EC 132/2023.

Abstract: The article aims to study the hypotheses of suspension, extinction and exclusion of tax credits, and their constitution, through a specific type of tax: the Tax on the Circulation of Goods and Interstate and Intermunicipal Transportation and Communication Services, ICMS. This

26. Graduada em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira, e pós-graduada em Direito Tributário pela Faculdade Dom Alberto. E-mail: estercchavesadv@gmail.com.

topic is studied with the aim of demonstrating tax law in other areas, such as constitutional law, mainly with the incidence of tax reform via amendment, and bringing clarity to the taxpayer. Due to its relevance, the topic draws attention because it is something simple and little known, since there is no exclusive competence to guarantee the applicability of the hypotheses. In addition to the purpose of bringing possibilities that ensure the settlement of the credit with the Federal Revenue, it also aims to update and inform the taxpayer about the possible impacts of EC 132/2023, Tax Reform, on their daily lives, considering that purchases, mainly through applications, have become increasingly common.

Keywords: Suspension. Extinction. Exclusion. ICMS. EC 132/2023

Sumário: Introdução. 1. Das Modalidades de Suspensão, Extinção e Exclusão à luz do ICMS. 2. A Reforma Tributária e o ICMS. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A priori, assim como todas as áreas do direito, o Direito Tributário também comporta fontes e princípios, como as fontes formais, materiais e históricas, e princípios como o da Legalidade, que é um princípio universal, oriundo da CF/88, em seu artigo 5º, II, e no CTN, em seu artigo 97, da Anterioridade e da Não Cumulatividade. Dá-se aí, também, a complementação entre outros ramos do direito, haja vista que a Constituição Federal, em seus artigos 153, 155, 156 e 157 trata das Competências Tributárias.

A posteriori, destaca-se que créditos tributários são resultantes de um fato gerador, ou seja, o ato praticado pelo contribuinte. No caso do imposto aqui tratado, nos termos do artigo 155, II, CRFB/88, qual seja, o, ICMS, o fato gerador constitui-se com a operação de circulação jurídica de mercadoria, a prestação de serviço de transporte, e a prestação onerosa de serviço de comunicação por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão e recepção de comunicação de qualquer natureza. Além disso, o imposto será devido na operação de importação, por ocasião do desembarque aduaneiro.

Dessa junção entre hipótese de incidência e fato gerador, decorre um procedimento administrativo chamado de lançamento. Entende-se, por

este, o procedimento que declara, formalmente, a ocorrência do fato gerador, ou seja, o valor a ser pago pela compra feita definindo os elementos da obrigação tributária. Após a constituição, tal crédito tributário passa a possuir exigibilidade, já que se tornou líquido e certo. Todavia, algumas situações podem levar à sua suspensão, extinção ou exclusão.

Salienta que essas hipóteses, previstas, respectivamente, nos artigos 151, 165, 175, Código Tributário Nacional, são hipóteses de se assegurar a quitação do crédito ou sua não constituição.

1. DAS MODALIDADES DE SUSPENSÃO, EXTINÇÃO E EXCLUSÃO À LUZ DO ICMS.

Como dito, o crédito tributário pode ser suspenso, excluído ou extinto.

Haverá Suspensão quando o fato corresponder às hipóteses previstas no artigo 151, CTN, ou seja, por força da suspensão, a exigibilidade fica paralisada, enquanto a causa não for inteiramente resolvida. Destaca-se que são situações que impedem a execução do fisco, mas não o lançamento. Ou seja, ainda que ocorra uma das modalidades do artigo 151 antes da constituição do crédito, será possível, ao fisco, o lançamento, todavia, contará, desde então, com sua exigibilidade suspensa. São hipóteses de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário: a moratória, o depósito integral, as reclamações e os recursos administrativo, a liminar em mandado de segurança, a liminar ou tutela antecipada e o parcelamento.

Ocorrerá a Extinção do Crédito com o fim de sua obrigação. Aqui, como nas hipóteses de suspensão, o crédito chega a ser constituído. Pode ocorrer, com base no artigo 156, CTN, nas seguintes modalidades: pagamento, compensação, transação, remissão, prescrição, decadência, conversão do depósito em renda, pagamento antecipado e a homologação de lançamento, consignação em pagamento, decisão administrativa irreformável, decisão judicial e dação em pagamento em bens imóveis.

Por fim, na Exclusão de Créditos Tributários, prevista no artigo 175, CTN, que ocorre por isenção ou anistia, esta se refere à não instituição do crédito, impedindo o lançamento. Será sempre instituída por lei, conforme artigo 175, CTN.

Como supramencionado, tais modalidades se aplicam a qualquer tributo, independente de competência. Portanto, para uma maior clareza, utiliza-se um dos impostos que tem se tornado mais comuns, e que, com a reforma, será substituído pelo IBS: o ICMS.

O ICMS incidirá toda vez que houver circulação de mercadorias ou a prestação de determinados tipos de serviços. Temos, por exemplo trivial compras em aplicativos somo “Shein” e “Ali Express”, tendo em vista a circulação de mercadorias. Se observarmos, todas as vezes que finalizamos as compras nestes aplicativos, pagamos o II e o ICMS, respeitando princípios como o Princípio da Não-Cumulatividade, consoante artigo 19 da Lei Kandir:

“Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.”

O ICMS será suspenso, por exemplo, com a devida devolução da mercadoria dentro do prazo legal. No Rio de Janeiro, conforme a Secretaria da Fazenda – SEFAZ, no artigo 52, livro I, do Regulamento do ICMS, além da devolução, como já mencionado, dentre outras espécies, estão:

“Art. 52. Sem prejuízo de outras hipóteses expressamente previstas neste regulamento, gozam de suspensão do imposto:

...

III – as saídas internas de bens ou mercadorias de contribuintes do ICMS para estabelecimento de empresa de depósito temporário (Self Storage) inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, observado o disposto no § 3º e demais condições a serem estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.”

O ICMS será extinto quando houver o devido pagamento. Dentre as formas mais comuns dessa quitação entre o fisco e o contribuinte estão: pagamento, transação e compensação, constando, inclusive, no RICMS/RJ.

“Art. 25. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por esta ou

por outra unidade da Federação, nos termos e condições estabelecidos neste Título.”

“Art. 26. O imposto devido resulta da diferença a maior entre os débitos e os créditos escriturais referentes a cada período de apuração.”

E por fim, será excluído, quando o fato gerador constar nas previsões do artigo 3º, da Lei Complementar 87/1996, e, dentre as hipóteses, estão:

“Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gaseosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

IV - operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial;

IX - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

X - serviços de transmissão e distribuição e encargos setoriais vinculados às operações com energia elétrica. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)”.

2. A REFORMA TRIBUTÁRIA E O ICMS.

Por oportuno, pode-se falar, também, sobre a Reforma Tributária, vide Emenda Constitucional 132/2023, que visa, entre inúmeros outros pontos, a extinção do imposto aqui em comento, que, assim como o Imposto Sobre Serviços - ISS, que serão substituídos pelo IBS – Imposto Sobre Serviços. A reforma ainda está em tramitação, respeitando princípios, como os princípios da Legalidade, Anterioridade e Não Cumulatividade.

Com a devida aprovação da reforma, uma das mudanças significativas será a extinção do ICMS e do ISS e a criação para o IBS- Imposto Sobre Bens e Serviços.

Respeitando princípios como Princípio da Anterioridade e Princípio da Segurança Jurídica, a emenda 132, que visa alterar o Sistema Tributário Nacional, em seu artigo 22 traz a revogação do ICMS, a partir de 2033.

Art. 22. Revogam-se:

....

II - em 2033:

os arts. 155, II, e §§ 2º a 5º, 156, III, e § 3º, 158, IV, “a”, e § 1º, e 161, I, da Constituição Federal; e...”

Já a Lei Complementar 214/2025, que institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), passa a vigorar em 2026, iniciando os testes em 2027 até 2032. Por fim, quanto aos créditos acumulados do ICMS, a reforma prevê, relativos aos últimos cinco anos, e homologados, que estes possam ser compensados até 2033.

“Art. 12: Fica instituído o Fundo de Compensação de Benefícios Fiscais ou Financeiro-Fiscais do imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição Federal, com vistas a compensar, entre 1º de janeiro de 2029 e 31 de dezembro de 2032, pessoas físicas ou jurídicas beneficiárias de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos àquele imposto, concedidos por prazo certo e sob condição.

§ 1º De 2025 a 2032, a União entregará ao Fundo recursos que corresponderão aos seguintes valores, atualizados, de 2023 até o ano anterior ao da entrega, pela variação acumulada do IPCA ou de outro índice que vier a substituí-lo:

...

§ 3º Para efeitos deste artigo, consideram-se benefícios onerosos as isenções, os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais vinculados ao imposto referido no caput deste artigo concedidos por prazo certo e sob condição, na forma do art. 178 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o objetivo deste artigo é trazer o assunto de forma a demonstrar, ao contribuinte, outras modalidades de quitar seus débitos com

o fisco, e sem ser, somente, mediante o pagamento, que é uma das causas da extinção do crédito tributário, ilustrando que há, sim, inúmeras modalidades que visam o auxílio de quitação pelo contribuinte, muita das vezes, desconhecidas, levando em consideração que, pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Boa-fé, ninguém visa ficar inadimplente utilizando-se da premeditação.

Como uma das soluções de quitação favoráveis ao contribuinte, pode-se citar a Lei nº 13.988/2020, período pandêmico, que visava uma das hipóteses de exclusão, a transação, como benefício para negociação de créditos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Altera o sistema tributário nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2023.
- BRASIL. Lei Complementar nº 214, de 2025. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2025.
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1966.
- ESTUDOS TRIBUTÁRIOS E ADUANEIROS. I Congresso da Receita Federal. [S.l.: s.n.], [s.d.].
- ICMS: entenda os aspectos fundamentais. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos/icms-entenda-os-aspectos-fundamentais>
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

V

SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS PÓS-LC N° 208/2024: DA POTENCIALIDADE LEGAL À PARALISIA FÁTICA

SECURIZATION OF PUBLIC CREDITS POST – LAW N° 208/2024: FROM LEGAL POTENTIAL TO FACTUAL PARALYSIS

José Maurício Conti²⁷

Guilherme Corona Rodrigues Lima²⁸

Resumo: Cuida-se de artigo que busca analisar os impactos da Lei Complementar nº 208/2024 na securitização de créditos públicos.

Palavras-chave: Securitização. Créditos Públicos. Direito Financeiro. LC 208/2024

Abstract: This article seeks to analyze the impacts of Complementary Law No. 208/2024 on the securitization of public credits.

Keywords: Securitization. PublicCredits. Financial Law. LC 208/2024.

Sumário: 1. Contexto fiscal e o advento da Lei Complementar 208/2024. 2. O artigo 39-A da Lei 4.320/1964. 3. A natureza jurídica da operação de securitização. 4. O legado de desconfiança e a vinculação dos recursos. 4.1. A vedação da Lei Complementar nº 148/2014 e o fantasma do “Escândalo dos Precatórios”. 4.2. A

27. Graduado em Direito e em Economia pela Universidade de São Paulo. Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo. É Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos cursos de graduação e pós-graduação. Juiz de Direito do Estado de São Paulo (aposentado). Advogado, Economista e Consultor em Direito Financeiro e Finanças Públicas.

28. Pesquisador de Pós-Doutorado no Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Advogado Sócio de Corona e Bio Sociedade de Advogados e Professor de Direito Administrativo em cursos de especialização.

vinculação dos recursos securitizados e seus limites operacionais. 5. Os órgãos de controle e o risco de responsabilização. 5.1. A posição dos Tribunais de Contas. 5.2. A escolha e a precificação do ativo: deságio, valor presente líquido (VPL) e a metodologia de impairment – evitando o dano ao erário. 6. Modelagem operacional e estruturação da cessão. 6.1. A vantagem do FIDC: licitação (Lei 14.133) e regulação (CVM 175). 6.2. A opção pela SPE Estatal: análise da dispensa de licitação. 7. O ecossistema concorrente: alternativas da CL 212/2025. Conclusão. Referências.

1. O CONTEXTO FISCAL E O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR 208/2024

Os entes federados brasileiros enfrentam um cenário fiscal de imensa complexidade e restrição. A tentativa de equilibrar os orçamentos públicos tornou-se uma tarefa de crescente dificuldade, impulsionada por uma combinação de fatores estruturais e conjunturais. As necessidades públicas não apenas crescem vegetativamente, mas tornam-se progressivamente mais onerosas. O exemplo do setor da saúde é emblemático: a inovação tecnológica e farmacêutica, embora traga ganhos de eficiência e sobrevida aos pacientes, introduz técnicas, aparelhos e medicamentos novos, mais eficientes e sofisticados – e caros²⁹. Diante da obrigação constitucional do Estado de assegurar a vida e a saúde, a Administração Pública sevê sem alternativa a não ser fornecer esses novos tratamentos, pressionando um orçamento já sobrecarregado. O mesmo ocorre na educação, preservação do meio ambiente e outras políticas públicas que devem acompanhar o desenvolvimento científico e tecnológico para bem atingirem suas finalidades públicas e, principalmente, os anseios sociais.

Essa dinâmica de compressão fiscal, na qual as despesas obrigatórias crescem em ritmo superior ao das receitas, é exacerbada por um ambiente macroeconômico adverso. A economia nacional não dá sinais claros de crescimento no médio e longo prazo, limitando a expansão da arrecadação de forma orgânica. Adicionalmente, a recente reforma tributária trazida pela Emenda Constitucional 132/2023, embora necessária, só traz incerte-

29. Fato que já vem de longa data, como referido em texto de 2013 (CONTI, José Mauricio. Saúde não precisa só de dinheiro, mas de boa gestão. In CONTI, José Mauricio. *Levando o Direito Financeiro a sério*. São Paulo: Blucher, 2019, p. 59)

zas quanto ao futuro da arrecadação no âmbito dos estados e municípios. Governadores e prefeitos operam em um ambiente de altas despesas, sempre crescentes, e baixa previsibilidade de receitas.

A ainda incerta operacionalização da repartição das receitas tributárias a ser feita, prioritariamente, pelo Fundo Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), na forma da nova redação do artigo 156-A, parágrafo 4º, inciso II e artigo 156-B, inciso II, ambos da Constituição Federal, torna ainda mais difícil a realização de um planejamento efetivo da arrecadação pelos entes federados e dificulta, sobremaneira, uma previsão arrecadatória fidedigna para a elaboração das peças orçamentárias, em especial a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Permanece intacta a redação do artigo 160 da Constituição Federal, que veda à União — e, por consequência, ao Fundo Gestor — a retenção ou qualquer forma de restrição à entrega e ao emprego dos valores destinados aos Estados e Municípios. Tal previsão, embora inserida no texto originário da Constituição, jamais impediu a recorrência de debates entre os entes federados quanto à correção e à tempestividade dos repasses financeiros realizados.

Neste contexto de compressão, a busca por novas fontes de receita, especialmente as que não envolvam o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e nem mesmo o aumento da já excessiva carga tributária dos impostos remanescentes a cargo dos Estados (ITCMD e IPVA) e dos Municípios (ITBI e IPTU), torna-se uma prioridade de gestão.

A Lei Complementar Federal nº 208, sancionada em 2 de julho de 2024, tem potencial para ser a resposta legislativa direta a essa demanda. Ela representa uma inflexão na política fiscal, pivotando da gestão tradicional de despesas — cujos cortes são politicamente custosos e legalmente complexos — para a engenharia financeira de receitas. O objetivo da norma não é criar nova receita, mas sim antecipar, por meio da utilização de institutos típicos utilizados no mercado privado de capitais, o valor de um ativo público vasto, porém ilíquido e de recebimento incerto: a dívida ativa, cujo estoque total alcança a casa dos trilhões de reais. A securitização, portanto, emerge como uma tentativa de transformar esse capital “morto” em fluxo de caixa imediato.

Contudo, o que se observa atualmente, com um ano de vigência da referida Lei Complementar, é o não aproveitamento por parte dos entes federados desse importante instrumento. A lei foi aprovada com a urgência de quem precisa de soluções fiscais imediatas, mas essa celeridade parece ter negligenciado a construção de um consenso interpretativo prévio com os atores-chave do sistema de controle, notadamente os Tribunais de Contas e o Ministério Público. A paralisia atual é o sintoma de uma lei tecnicamente complexa que foi imposta ao sistema, que agora resiste à sua aplicação, gerando muitas incertezas sobre a correta aplicação da lei e o temor dos gestores em cometer ilegalidades e, consequentemente, serem pessoalmente responsabilizados por supostos prejuízos ao erário.

2. O ARTIGO 39-A DA LEI 4.320/1964

A Lei Complementar nº 208/2024 introduziu o artigo 39-A na Lei Federal nº 4.320/1964, estabelecendo um regime jurídico próprio para a securitização de créditos públicos. Este dispositivo autoriza expressamente a “cessão onerosa de direitos creditórios (tributários e não tributários, inclusive inscritos em dívida ativa)” por todos os entes da federação a “pessoas jurídicas de direito privado ou a fundos de investimento regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM”.

O dispositivo, no entanto, não é uma autorização geral e indiscriminada ao gestor público para ceder aos particulares, da forma como melhor lhe aprovou, os direitos sobre a dívida pública. Ele estabelece, em verdade, um conjunto rigoroso de condições e limites para a operação, visando mitigar riscos e preservar o interesse público, nos termos de seu parágrafo primeiro.

Estabelece o dispositivo legal a preservação da natureza jurídica do crédito e de seus consectários; ou seja, ao se ceder os direitos creditórios, devem-se manter intactas as características originais do crédito, incluindo garantias, condições contratuais, índices de correção, valores e vencimentos, não podendo ser alterado nenhum dos termos avençados originalmente entre a Fazenda Pública e o contribuinte ou devedor.

Igualmente, determina a manutenção da cobrança pública do crédito, estabelecendo que a titularidade da cobrança, administrativa ou judicial, permanece sob responsabilidade da Fazenda Pública. A lei é clara ao afir-

mar que a cessão “transfere apenas o direito de recebimento ao investidor, sem criar vínculo com o devedor”, preservando, assim, o dever-poder da Fazenda de cobrar o crédito cedido nos moldes da Lei de Execuções Fiscais (Lei Federal nº 6.830/80) e com as prerrogativas a ela inerentes já que o crédito em si mantém sua natureza pública, e o que é cedido são os direitos sobre ele.

A operação a ser realizada se dá de forma definitiva, de modo que a securitização do crédito público não poderá, em hipótese alguma, estabelecer qualquer responsabilidade, compromisso ou dívida de que decorram obrigação de pagamento pela Fazenda Pública, cabendo a obrigação de pagamento unicamente ao devedor ou ao contribuinte. Assim, não pode o cessionário, em caso de inadimplemento da dívida, voltar-se ao ente público para recebimento do crédito, tratando-se de operação a ser feita por sua conta e risco, o que, inexoravelmente, refletirá no deságio a ser pago pelo direito creditório adquirido.

A Lei Complementar em comento veda a cessão do chamado “fluxo corrente” da dívida, não sendo permitida a cessão de receitas futuras incertas. Somente créditos já constituídos e reconhecidos, inclusive parcelados, podem ser cedidos, evitando-se, assim, a caracterização da operação como uma mera Antecipação de Receita Orçamentária (ARO).

A operação requer autorização por lei específica local, transferindo a decisão política final sobre a cessão onerosa do direito ao crédito público para o âmbito legislativo de cada ente.

Há que se destacar, ainda, que a lei proíbe a cessão nos noventa dias antes do fim do mandato do chefe do Executivo, exceto se o pagamento integral ocorrer após essa data. Também é proibida a cessão de créditos pertencentes a outros entes federativos, como cotas-partes de repasses.

Esse arranjo cria um modelo híbrido que tenta conciliar os interesses do mercado de capitais (que busca um ativo financeiro lucrativo) com a prerrogativa da Fazenda Pública (que exige o crédito). Contudo, essa estrutura gera um desalinhamento fundamental de incentivos, conhecido na teoria econômica como “risco moral” (moral hazard). O investidor não pode executar a cobrança. O ente público, após receber o valor da cessão com deságio, vê drasticamente reduzido o incentivo para destinar seus re-

curtos escassos — como procuradores, servidores de apoio e sistemas — à cobrança daquele crédito específico.

A facilidade de antecipar receitas futuras pode levar, consequentemente, a uma menor diligência em relação às atividades de operacionalização da cobrança. Esse desalinhamento é um risco evidente para o investidor, que, por sua vez, especificará esse risco exigindo um deságio maior, tornando a operação mais cara para o ente público e potencialmente menos vantajosa. Algumas estruturas de mercado tentam corrigir isso com cláusulas de skinonthe game — ou remuneração por performance —, mas a própria lei, ao apartar o investidor do devedor, dificulta essa calibragem de interesses, que sem dúvida é o maior desafio para efetivação da operação.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE SECURITIZAÇÃO

O ponto nevrágico do debate, e a fonte primária da incerteza dos gestores, reside na definição da natureza jurídica da operação de cessão onerosa dos direitos sobre os créditos públicos tributários ou não tributários (o que se convencionou chamar de securitização da dívida pública). O legislador da Lei Complementar nº 208/2024, ciente dos obstáculos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF - LC 101/2000), tentou resolver a questão por meio de uma definição legal expressa.

O § 4º do recém-criado artigo 39-A é taxativo. Ele declara que a cessão de créditos: “não se enquadra” nas definições de operação de crédito da Lei de Responsabilidade Fiscal e será “considerada operação de venda definitiva de patrimônio público”. O objetivo da previsão legal é claro: afastar as amarras previstas no artigo 32 da Lei Complementar nº 101/2000 aplicáveis às operações de crédito. Ao definir a securitização como uma venda de ativo (e não uma operação de crédito), a operação ficaria, em tese, excluída dos limites de endividamento, dispensada da autorização prévia do Senado Federal e imune às vedações dos artigos 29 e 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O problema é que essa ficção legal, a depender da corrente interpretativa adotada, pode colidir diretamente com a própria Lei de Responsabilidade Fiscal. A Lei Complementar nº 101/2000, em seu artigo 29, inciso III, adota uma definição material e abrangente de operação de crédito, baseada na essência econômica do ato. A Lei de Responsabilidade Fiscal

considera operação de crédito, entre outros, o “recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços”. Parte da doutrina e órgãos de controle argumentam que a securitização se amoldaria perfeitamente a essa definição: o ente recebe um valor hoje (antecipação) em troca de um fluxo de recebimentos futuros (venda a termo de um ativo, o crédito). Trata-se, para essa corrente, de uma operação de crédito disfarçada de venda de patrimônio público, o que estaria em conflito com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Inicia-se, assim, um conflito aparente de normas da mesma categoria legislativa. De um lado, a Lei Complementar nº 208/2024, posterior e específica, declara a operação, de forma expressa, como venda definitiva de patrimônio público e exclui de seu âmbito, de forma expressa, a aplicação do artigo 29, incisos III e IV e 37 da Lei Complementar nº 101/2000. De outro, a Lei de Responsabilidade Fiscal, norma geral de finanças públicas no Brasil, define a operação pela sua substância. A Lei Complementar nº 208/2024 não alterou a definição de operação de crédito do art. 29, inciso III da Lei Complementar nº 101/2000; ela apenas decretou que esta operação específica não se enquadra naquele conceito. Essa técnica legislativa é que traz insegurança jurídica e outorga aos controladores intérpretes (Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário) o poder de decidir qual norma irá prevalecer: a que prestigia a forma (Lei Complementar nº 208/2024) ou a que prestigia a substância (Lei Complementar nº 101/2000).

Ironicamente, a solução encontrada pelo legislador para afastar a incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal criou um novo problema. Ao insistir que a operação é uma venda definitiva de patrimônio público, o legislador automaticamente a enquadrou no escopo da Lei Geral de Contratações Públicas e Licitações: por envolver alienação de ativo público, aplica-se a regra geral de licitação para venda de bens (Lei Federal nº 14.133/2021, artigo 2º, I). Ou seja, na tentativa de evitar as inconveniências orçamentárias e financeiras da Lei de Responsabilidade Fiscal, a lei atinge o regime de licitação – um procedimento notoriamente complexo e inadequado para a estruturação de operações financeiras sofisticadas no mercado de capitais, o que apresenta um desafio adicional ao gestor público e as entidades financeiras.

4. O LEGADO DE DESCONFIANÇA E A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS

4.1. A vedação da Lei Complementar nº 148/2014 e o fantasma do “Escândalo dos Precatórios”

Um aparente conflito pode ocorrer entre a Lei Complementar nº 208/2024 e a Lei Complementar nº 148/2014. O artigo 11 desta lei é categórico ao estabelecer que “é vedada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a emissão de títulos da dívida pública mobiliária”. Essa vedação não é trivial; ela é o resultado direto da memória institucional do legislador e dos órgãos de controle referente ao chamado “escândalo dos precatórios”.

Naquele episódio, entes subnacionais emitiram títulos (securities) no mercado, em operações que se revelaram fraudulentas, repletas de custos de transação exorbitantes e que resultaram em grave prejuízo ao erário. A Lei Complementar nº 148/2014 foi criada para esse tipo de operação.

Problema interpretativo que pode surgir é que a securitização seria, por definição, a transformação de dívidas (créditos) em securities(títulos mobiliários). Seja por meio da emissão de quotas de Fundo de Investimento em Direito Creditório (FIDC) ou de debêntures por uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), o produto final da operação seria um título mobiliário lastreado em dívida pública.

Contudo, esse raciocínio não se sustenta à luz da nova dicção legal. Tratando-se de uma operação de alienação definitiva de patrimônio público, o cessionário — que passa a deter os direitos relativos ao crédito — levará ao mercado, para aquisição por investidores, um título de natureza privada, como a quota de um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC) ou a debênture de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE). Isso decorre do fato de que o FIDC ou a SPE a serem constituídos possuem natureza jurídica privada: o primeiro como ente despersonalizado (condomínio de investidores privados) e a segunda como pessoa jurídica de direito privado, estruturada como sociedade limitada ou sociedade por ações. Assim, tanto sua natureza (condomínio ou sociedade empresária) quanto seu patrimônio — composto por direitos creditórios públicos adquiridos de forma definitiva — são eminentemente privados

Pode-se afirmar, nesse ponto, que o objeto da comercialização são os direitos decorrentes do crédito público objeto da cessão onerosa. Assim, embora o crédito em si mantenha sua natureza pública — como expressamente estabelece o artigo 39-A, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 208/2024 —, o direito a ele associado torna-se privado. É justamente esse direito, de índole privada, que lastreia o fundo ou a sociedade de propósito específico, ambos igualmente entes privados, não havendo, portanto, qualquer vedação à comercialização de suas quotas ou debêntures no mercado.

Nessa linha, a Lei Complementar 208/2024, ao autorizar a securitização, evita colidir com a proibição da Lei Complementar nº 148/2014, já que a operação não se trata de emissão de “título da dívida pública mobiliária”, mas sim de título privado lastreado em direitos creditórios privados decorrentes de créditos públicos, ou seja, de natureza distinta da vedação contida na Lei Complementar 148/2014.

4.2. A vinculação dos recursos securitizados e seus limites operacionais

Outro fator que limita o potencial da lei é a restrição ao uso dos recursos captados. Como a própria Lei Complementar nº 208/2024 insiste em classificar a operação como “receita de capital” (decorrente da alienação de um ativo), os valores auferidos não podem ser usados livremente. Eles devem observar o artigo 44 da Lei de Responsabilidade Fiscal e, mais importante, a destinação obrigatória imposta pelo § 6º do novo artigo 39-A.

A lei exige que os recursos sejam destinados da seguinte forma: no mínimo 50% (cinquenta por cento) para despesas vinculadas ao regime de previdência social (RPPS) do ente e o restante em “despesas de capital”, classificadas no Grupo de Natureza da Despesa 4 (GND 4), o que significa investimentos em obras e aquisição de equipamentos, por exemplo.

Essa vinculação mitiga o alívio fiscal imediato que os gestores buscam. O problema mais premente dos prefeitos e governadores é, frequentemente, o déficit de custeio (despesa corrente), como o pagamento da folha ou a manutenção da máquina pública (ex: compra de medicamentos). A lei, no entanto, proíbe o uso desses recursos para cobrir o déficit corrente, exceto o “rombo” específico da previdência.

O gestor que busca a securitização para melhorar as contas da administração se depara com uma ferramenta que só lhe transfere recursos para pagar o déficit atuarial do regime de previdência social - RPPS ou para iniciar uma nova obra ou adquirir bens.

Isso exige que o administrador público detenha profundo conhecimento da legislação para, ao receber os recursos provenientes da cessão dos direitos sobre créditos da dívida ativa — e considerando as restrições legais quanto à sua aplicação —, definir a forma mais adequada de alocá-los. Deve fazê-lo de modo a extraír o máximo proveito desses recursos, direcionando-os a finalidades que efetivamente gerem benefícios à sociedade, sempre dentro do regime jurídico aplicável. Essa escolha deve observar as prioridades de gasto da Administração Pública, especialmente diante da existência de outras fontes de recursos vinculadas exclusivamente a despesas de capital ou ao Regime Próprio de Previdência Social.

5. OS ÓRGÃOS DE CONTROLE E O RISCO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Cumpre enfrentar, então, a principal causa da paralisia na aplicação da Lei Complementar 208/2024 pelos entes federados: o temor dos gestores públicos em cometer ilegalidades. Esse temor não é abstrato: ele é uma resposta direta à sinalização dos órgãos de controle e ao risco de responsabilização pessoal por parte do administrador público por dano ao erário.

5.1. A posição dos Tribunais de Contas

Nenhuma operação de securitização de créditos públicos realizada sob a égide da Lei Complementar nº 208/2024 foi levada a análise definitiva dos Tribunais de Contas, não havendo ainda precedentes ou jurisprudência formada sobre o tema quando da elaboração do presente estudo.

Antes da promulgação da Lei Complementar nº 208/2024, no entanto, encontram-se alguns entendimentos que, por motivos distintos, rechaçaram as operações levadas a efeito pelos entes subnacionais.

No âmbito do Estado de São Paulo, em razão da existência da Lei Estadual nº 13.723/2009, alterada pela Lei Estadual nº 17.293/2020, de redação muito semelhante à Lei Complementar nº 208/2024, o Estado é

autorizado a realizar a securitização dos créditos públicos por meio da Companhia Paulista de Securitização – CPSEC, Companhia Paulista de Parcerias – CPP ou por meio de fundo de investimento constituído de acordo com as normas da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, sendo a primeira, a Companhia Paulista de Securitização, a principal atora desse tipo de operação.

Analizando as contas anuais de 2019 da Secretaria de Administração Geral do Estado de São Paulo e de suas Unidades Gestoras, em especial a Administração do Serviço da Dívida Pública, a Procuradora Élida Graziane Pinto, do Ministério Público de Contas daquela unidade federativa, se pronunciou de forma contrária as operações de securitização da dívida realizadas pela Fazenda Bandeirante:

“Além dos já mencionados entraves legais, a securitização da dívida parece-nos uma solução inconstitucional e precária para antecipar recursos futuros, em prejuízo do horizonte prospectivo de custeio ordinário das políticas públicas a cargo do Estado. Não se pode olvidar que, a despeito de a mencionada transação compor, mesmo que temporariamente, o caixa dos entes federados, há um deságio obtido pela antecipação de receita para o ente pelo fundo, e isso necessariamente traduzir-se-á em custos, que, muitas vezes, só serão contabilizados em exercícios futuros.”

(...)

“Portanto, a Administração Geral do Estado, ao dar continuidade à securitização dos créditos de dívida ativa de forma irrestrita e sem autorização do Ministério da Fazenda, ofende o artigo 32 da LRF, c/c a Resolução SF nº 17/2015, bem como age na contramão do que preceitua o §1º do artigo 1º da LRF, visto que adota medidas não sustentáveis no longo prazo, apesar do ilusório incremento de receita no curto prazo”³⁰

Na fundamentação do referido parecer percebe-se a preocupação do órgão de controle pela ausência de adoção de outros mecanismos de otimização da cobrança da dívida ativa de forma primária, adotando-se a via da securitização de forma inicial quando, em verdade, os esforços estatais deveriam estar voltados em incrementar as formas de recupera-

30. PINTO, Élida Graziane Pinto. Parecer MPC TCE – SP. j. 30.04.2021. TC-2491.989.19-0 Administração Geral do Estado – Consolidado.

ção dos créditos públicos. Destaca ainda que o volume de recuperação da dívida pública apresentava tímidos índices de aumento o que mostra que haveria espaço para a adoção de outros mecanismos para melhorar a recuperação de tais valores para o erário em vez de se optar pela securitização da dívida.

Paradigmática a decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, da lavra da Conselheira Cristiana de Castro Moraes, no julgamento do procedimento de exame prévio do Edital do Pregão Presencial nº 84/2016, publicado pelo Município de Ribeirão Preto, que tinha por objeto “a contratação de empresa devidamente credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários, para prestação de serviços de estruturação, com posterior implementação de operação de securitização do fluxo de recuperação dos créditos inadimplidos junto a Secretaria Municipal de Fazenda (SMF) e Procuradoria Fiscal (PF) de Ribeirão Preto (cobrança administrativa e dívida ativa), correspondente à cobrança de direitos creditórios originários de tributos e demais créditos de natureza administrativa, parcelados ou não, em fase administrativa ou judicial, compreendendo também a prestação de serviços de suporte e apoio à recuperação dos créditos inadimplidos em cobrança administrativa e em dívida ativa, atendendo os moldes legais e normas da CVM vigentes”.

A Corte de Contas paulista, com fundamento em pareceres das áreas técnicas e, sobretudo, do Ministério Público de Contas, concluiu pela ilegalidade do objeto licitado. Sem adentrar a modalidade escolhida ou demais requisitos previstos no edital, o Tribunal entendeu que a contratação afrontava a ampla vedação legal e constitucional à vinculação da receita de impostos. Identificou-se violação ao artigo 144 da Lei Orgânica do Município de Ribeirão Preto, à Lei Complementar Municipal nº 2.720/15, aos incisos IV e V do artigo 176 da Constituição do Estado de São Paulo e ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal — dispositivos que vedam a vinculação da receita de impostos. Além disso, apontou-se a proibição de cessão do fluxo de recebimento que pudesse configurar operação de crédito, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme disciplinado na Resolução nº 17/2015 do Senado Federal, editada com base no artigo 32, caput e § 1º, da LRF

No parecer do Procurador João Paulo Giordano Fontes, do Ministério Público de Contas, que analisou o assunto destaca-se a conclusão de que:

“A tudo que já foi exposto ao longo da instrução, acrescenta-se que a separação pretendida pelos defensores do modelo de securitização – entre o crédito tributário e o fluxo de cobrança da dívida – parece artificial e despropositada, representando apenas um recurso semântico destinado a afastar a vedação preconizada pelo inciso IV do art. 167 da Constituição. Não é possível que se separem os atributos indisponíveis do crédito tributário do fluxo financeiro auferido de sua cobrança, na medida em que tais recursos apenas ingressam nos cofres públicos em razão de sua natureza tributária, que legitima a imposição da cobrança aos particulares, pelo Estado, com uma série de prerrogativas legais. É dizer, dito “fluxo financeiro resultante da cobrança da dívida ativa” tributária nada mais é do que o próprio tributo pago a destempo, pois como define o próprio CTN em seu art. 3º tributo é a “prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (parecer de 08 de agosto de 2016, TC – 10308.989.16-9)

E conclui o membro do Ministério Público de Contas que:

“Ora, se à União a Constituição reservou no art. 24 a competência para legislar sobre normas gerais de Direito Financeiro, e o Senado Federal estuda alterar a legislação nacional para fins de permitir as aludidas operações de cessão de direitos creditórios sem caracterizá-las como operações de crédito, há que se concluir que, até que apreciada a questão pelo Congresso Nacional, tais operações devam observar as normas e conceitos atuais da LC 101/00, enquadrando-se na definição legal de operação de crédito.”

O Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, em parecer exarado no processo TC-016.585/2009-0, que analisada operação realizada pelo Município de Belo Horizonte antes da Lei Complementar nº 208/2024 consignou que:

“Em relação a Belo Horizonte, não há cessão da dívida ativa. Ela continua de titularidade do município. Não há a alienação de um

ativo, há a obrigação de entregar ao FIDC, prioritariamente, o fruto da arrecadação da aludida dívida, cabendo ao município o excedente arrecadado. Isso é claramente um compromisso financeiro. No caso, não é a simples “antecipação de receita futura” que está sendo equi-parada a operação de crédito e vedada pela LRF, mas a obtenção de receita no presente com base em compromisso financeiro – isto é, compromisso de pagar no futuro. ...como regra geral em negócios da mesma natureza, o ente federado promete entregar, no futuro, o produto do adimplemento da dívida ativa, mas, em troca, de imediato, na data da operação, recebe um conjunto de ativos (cotas). Clara está a natureza da transação: operação de crédito, visto que se adquire um ativo no presente (cota) com promessa de pagamento futuro (peças 8, p. 21, item 132, e 28, item 27). Aumenta-se, assim, o endividamento do ente federado. Repita-se: a modelagem ora em análise, vale lembrar, envolve a promessa de, no futuro, entregar o bem “dinheiro” ao FIDC, quando ele vier a existir, ou seja, assim que os contribuintes efetuarem os respectivos pagamentos (peça 8, pp. 28/9, item 191). Em suma, o fundo tem, em seu ativo, um direito junto ao ente federado, o qual representa, para a unidade federativa, um compromisso financeiro assumido junto ao fundo, ante a integralização de cotas deste (peça 39, item 74). Assim, ainda que não haja assunção de risco ou concessão de garantia pelo ente federado, a mera antecipação de recursos no âmbito de fundo que tenha em sua constituição direitos creditórios que se enquadrem na hipótese prevista no artigo 1º, § 1º, inciso II, da Instrução-CVM 444/2006, associada a compromisso financeiro (obrigação de, no futuro, pagar ou repassar valores), caracteriza, por si só, operação de crédito e requer autorização expressa do Ministério da Fazenda, emitida nos termos do artigo 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal.” (parecer exarado no processo TC-016.585/2009-0, pelo MPC junto ao TCU)

Tanto nos casos analisados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e respectivo Ministério Público de Contas, quanto nos casos analisados pelo Tribunal de Contas da União e o respectivo Ministério Público de Contas, os órgãos de controle questionam a cessão do fluxo de recebimento da dívida pelos entes públicos por entender se tratar de operação de crédito que, nos termos do artigo 29, inciso III da Lei de Responsabilidade Fiscal, estaria vedada. A crítica formulada sustenta que haveria antecipação de

um fluxo financeiro que somente ingressaria nos cofres públicos no futuro. Além do prejuízo decorrente do deságio na comercialização e dos custos com taxas de administração, os esforços posteriores de cobrança passariam a servir para remunerar os adquirentes dos créditos, comprometendo, adicionalmente, a arrecadação futura do próprio ente.

Por expressa disposição legal, contida no artigo 39-A da Lei Federal 4.320/64, inserido pela Lei Complementar nº 208/2024, tal fundamento jurídico, ao menos em razão da nova definição legal dada a operação, deixa de existir. Isto porque a nova legislação é expressa no sentido de que não se trata de operação de crédito, mas sim alienação definitiva de bem público, não se submetendo, pois, aos artigos 29 e 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

5.2. A escolha e a precificação do ativo: deságio, valor presente líquido (VPL) e a metodologia de impairment – evitando o dano ao erário

Como tudo na Administração Pública, o que garante o sucesso de qualquer escolha administrativa e a correta interpretação de sua lisura pelos órgãos de controle é a justificativa para a prática do ato. E, em se tratando de securitização da dívida pública, essa justificativa terá que ser ainda mais completa, além de jurídica e tecnicamente sustentável.

Há clara sinalização dos órgãos de controle no sentido de que, antes da opção pela securitização da dívida pública, a Administração terá que ter incrementado a forma de cobrança pelos diversos meios disponíveis, demonstrando que, dentre outras, realizou o protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa, inseriu o nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, realizou tentativas de conciliação ou mediação, lançou mão de medidas de transação tributária ou parcelamento dos créditos, dentre outros.

Tais medidas, por si só, garantem um aumento natural da recuperabilidade do crédito e antecedem a realização da securitização, de modo a demonstrar aos órgãos de controle que outras medidas a alcance do órgão foram adotadas como forma de tentar recuperar o crédito público antes de cedê-lo.

Mesmo que adotadas tais medidas, não nos parece que todo e qualquer crédito público, inscrito em dívida ativa, seja elegível para ser cedido

de forma onerosa ao particular. A despeito de a lei autorizar, de forma expressa, a cessão de créditos de natureza tributária ou não tributária, a escolha do ativo a ser cedido passa por aprofundado estudo técnico-contábil por parte da Administração, que irá avaliar, com base no histórico de dados existentes, o índice de recuperabilidade de cada crédito, e poderá, nessa linha, escolher aqueles que serão objeto de cessão, bem como ter elementos para sua correta precificação.

Nessa linha, a securitização total do estoque da dívida a princípio não faz sentido, devendo ser feito um estudo sobre a natureza da cobrança (tipo de tributo, penalidade por descumprimento de obrigação acessória etc), análise de tipos de devedores (ativos e inativos, contumazes ou não, atualização de seus dados cadastrais, dentre outros), dos dados do histórico de recuperabilidade da dívida por tipo de tributo ou crédito (exemplificativamente: o IPTU tem índice de recuperabilidade maior que o ISS em razão da garantia imobiliária existente), garantias existentes, tempo da existência da dívida (como regra, quanto mais antiga mais difícil de ser recuperada), dentre outros.

Há que ser analisado, ainda, os custos administrativos para a cobrança em relação ao índice de recuperabilidade, custos estes que sempre foram objeto de aprofundado estudo pelas instituições financeiras para mensurarem o quanto de dinheiro faz sentido investir para se recuperar determinados créditos, o que, no âmbito da Administração Pública, pouco ou nada se pensou.

Outro argumento que justifica a securitização da dívida é a análise econômica do custo do dinheiro no tempo. A Administração pode comparar os custos de contrair um empréstimo no mercado com os custos de antecipar os recursos por meio da securitização, incorporando essa avaliação à motivação do ato. Tal justificativa mostra que a decisão foi tomada com base nas circunstâncias fáticas e nas necessidades públicas daquele momento — especialmente a necessidade de liquidez e a constatação de que, entre as alternativas disponíveis, a securitização se apresenta mais barata e, portanto, mais vantajosa —, e não com fundamento em valores abstratos. Tudo isso se alinha ao disposto no artigo 20 da LINDB.

Fixados quais créditos serão objeto de cessão onerosa, passa-se à atividade seguinte que, sem dúvida, é das mais difíceis: a precificação do ativo.

A análise dos índices de recuperabilidade que justificam a cessão também fundamenta a definição do valor pelo qual os direitos creditórios serão alienados. Naturalmente, essa precificação seguirá a clássica lógica de marcação a mercado: os créditos valerão aquilo que o mercado estiver disposto a pagar, à luz das circunstâncias apuradas sobre sua efetiva recuperabilidade e o prazo necessário para realizá-la.

O gestor público terá que demonstrar que a alienação se deu de forma vantajosa ao erário e atendeu ao interesse público, não tendo o valor praticado se constituído em venda a preço vil, que potencialmente pode causar prejuízo ao erário ou renúncia de receitas.

A dificuldade reside na definição do que é um “parâmetro de mercado” para a dívida ativa. A realidade histórica é sombria: o histórico de recuperação da Dívida Ativa da União é de apenas 2,04%; o do Estado de São Paulo é de 1,59%; e o dos municípios paulistas (exceto capital) é de 4,15%. O valor real desse ativo é baixíssimo.

Para demonstrar a correta precificação do ativo, o gestor precisará instruir o processo com um robusto estudo de viabilidade econômico-financeira, comparando o Valor Presente Líquido (VPL) da securitização com o VPL do fluxo de caixa da cobrança direta, considerando taxa de recuperação histórica, tempo médio de arrecadação e custo de oportunidade do capital. Tecnicamente, isso exige a aplicação da metodologia de impairment (ou “ajuste para perdas prováveis”), prevista nas normas de contabilidade pública. O gestor precisa, na prática, demonstrar tecnicamente que a maior parte de sua dívida ativa é de recuperabilidade remota e tem valor contábil próximo de zero.

Concluída essa etapa, os direitos creditórios objeto da cessão deverão ser levados a leilão, nos termos do artigo 76, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2021, por meio do qual a Administração Pública buscará obter, no procedimento licitatório, a melhor proposta financeira para a aquisição dos ativos.

6. MODELAGEM OPERACIONAL E ESTRUTURAÇÃO DA CESSÃO

Para o ente federado que decide levar a cabo a operação, existem dois caminhos operacionais distintos para a estruturação da cessão: a contratação de um FIDC via licitação ou a criação de uma SPE estatal.

6.1. A vantagem do FIDC: licitação (Lei 14.133) e regulação (CVM 175)

Este é o caminho considerado mais ortodoxo pelo mercado. O ente público “realiza a contratação de instituição financeira habilitada para a emissão dos títulos”, tipicamente para a estruturação de um Fundo de Investimento em Direitos Creditório (FIDC).

A contratação do FIDC exigirá um “processo competitivo”, ou seja, uma licitação sob a égide da Lei 14.133/2021, para selecionar o agente financeiro (banco ou gestora) que fará a estruturação, administração e gestão do fundo que receberá os direitos creditícios decorrentes da securitização da dívida pública.

Como ocorre com todo FIDC, deve ser ele registrado e regulamentado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), observando as novas regras da Resolução CVM 175.

Como os créditos de dívida ativa (especialmente os vencidos) são considerados “direitos creditórios não-padronizados” (FIDC-NP) 13, o fundo terá restrições quanto ao público investidor, sendo geralmente destinado a investidores qualificados ou profissionais.

O mercado tende a preferir essa estrutura, pois, embora complexa, ela é mais transparente e alinhada às práticas de mercado, contando com a supervisão da CVM e sujeita a licitação pública para precificação dos ativos, o que garante maior segurança jurídica ao Administrador Público.

6.2. A opção pela SPE Estatal: análise da dispensa de licitação

A segunda possibilidade é a criação de uma entidade ligada à Administração Pública (como uma empresa estatal, por exemplo), para estruturar a operação, na modalidade de Sociedade de Propósito Específico (SPE), de forma a dispensar a realização de licitação. Essa interpretação, embora atraente pela agilidade (ao evitar a complexidade do procedimento licitatório da Lei Federal 14.133/21), se mostra mais complexa em razão de seu ineditismo.

A dispensa de licitação mencionada na Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) aplica-se às atividades-fim da estatal (como a venda de suas

debêntures no mercado). No entanto, o ato anterior — a transferência dos créditos do Ente Federado (Estado ou Município) para a SPE (a nova empresa estatal) — é, em si, alienação de ativo público, de modo que os órgãos de controle poderiam adotar interpretação tendente a glosar essa dispensa, argumentando que a SPE foi criada como um mero artifício para ignorar a obrigatoriedade da licitação (Art. 2º, I, da Lei 14.133) para a venda do ativo (os créditos).

De modo a superar tal alegação, a Administração Pública que opta em realizar a operação por meio de empresa estatal deve demonstrar a vantajosidade financeira da escolha feita, em especial se a estatal constituir fundo composto por créditos de diversos entes que, juntos, se tornam mais atrativos ao mercado e garantem uma melhor precificação do ativo objeto da operação.

7. O ECOSSISTEMA CONCORRENTE: ALTERNATIVAS DA LC 212/2025

A análise da paralisia da aplicação da Lei Complementar nº 208/2024 estaria incompleta se focada apenas em seus riscos intrínsecos, como a potencial violação a Lei de Responsabilidade Fiscal ou questionamentos em potencial dos órgãos de controle. Um dos principais fatores para o não aproveitamento do instrumento é a existência de uma alternativa concorrente oferecida pela própria União, por meio da Lei Complementar nº 212/2025 e de programas da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, como o PROPAG (Programa de Pleno Pagamento de Dívidas dos Estados) e a Portaria PGFN 2.212/2025.

Dispõe o artigo 3º, inciso VI da Lei Complementar nº 212/2025 que o Estado que aderir ao PROPAG poderá efetuar o pagamento da dívida apurada por meio da cessão, para a União, dos recebíveis originados de créditos inscritos na dívida ativa da fazenda estadual, confessados e considerados recuperáveis, nos termos da legislação aplicável.

E o Decreto Federal nº 12.433/2025, que regulamenta o PROPAG, em seu artigo 20, atribui a PGFN a missão de mensurar a expectativa de recebimento do fluxo futuro a partir de análise da situação econômica dos devedores inscritos e das características do crédito, com a avaliação global do conjunto de inscrições ofertadas pelo Estado. As avaliações serão rea-

lizadas pela PGFN e encaminhados à Procuradoria do Estado para fins de validação quanto às premissas e aos cálculos que resultaram na expectativa de recebimento futuro.

Com base em referidos instrumentos normativos, o ente federado pode ceder sua dívida ativa diretamente para a União como forma de quitar seu passivo previdenciário ou dívidas federais. Trata-se de uma operação bilateral com a União, eliminando o risco de mercado, bem como o risco de estruturação (FIDC/CVM). Mais importante: a metodologia de avaliação e o deságio dos créditos cedidos são definidos e validados pela própria PGFN, fornecendo ao gestor uma defesa contra denúncias futuras de dano ao erário.

A operação de securitização prevista na Lei Complementar nº 208/2024 tornou-se, para muitos entes, obsoleta ou uma alternativa secundária de elevado risco, sobretudo após a PGFN instituir um mecanismo interno mais seguro voltado ao mesmo ativo (a dívida ativa) e destinado ao mesmo propósito (a quitação da dívida previdenciária).

Mesmo para os entes que não optem pelo caminho da PGFN, o apetite do mercado pela securitização da Lei Complementar nº 208/2024 é limitado.

Embora exista demanda por crédito de governos, o produto estruturado enfrenta barreiras. O “público-alvo” natural para comprar títulos de dívida pública municipal ou estadual seriam os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) de outros entes, que buscam ativos de longo prazo. No entanto, a Resolução CMN 4.963/2021 proíbe que os RPPS invistam em cotas de FIDC-NP (Não Padronizados).

Como os créditos de dívida pública são classificados exatamente como FIDC-NP, a lei criou um produto que seu principal cliente institucional está proibido de comprar. Isso restringe a base de investidores, aumenta o poder de barganha dos poucos compradores e, consequentemente, eleva o deságio exigido, tornando a operação ainda mais onerosa.

CONCLUSÃO: RUMO À SEGURANÇA JURÍDICA PARA DESTRAR O POTENCIAL INEXPLORADO

A Lei Complementar 208/2024, que celebra seu primeiro aniversário, foi concebida como uma ferramenta financeira para prover alívio

fiscal aos entes federados sem aumentar a carga tributária. O instrumento permanece como um potencial inexplorado, um não aproveitamento que reflete a profunda insegurança jurídica e o temor dos gestores. Esta análise exaustiva demonstra que a “paralisia fática” não é fruto de desconhecimento, mas sim de uma decisão gerencial racional baseada em um cálculo de risco-retorno desfavorável.

A segurança jurídica da operação está na exaustiva justificativa de que a opção pela securitização da dívida pública se deu após a adoção de inúmeras medidas de cobrança do crédito público que não se mostraram eficazes, e que houve amplo estudo para escolha e precificação do ativo objeto da cessão onerosa.

Essa justificativa afasta o risco de responsabilização pessoal do gestor por eventual renúncia indevida de receita ou por prejuízo ao erário decorrente da alienação de patrimônio público por valor inferior ao de mercado.

A operação passa pelo convencimento dos órgãos de controle no sentido de que não se realizou operação de “venda de ativo” ao arrepio das normas legais, e que não se aplica a operação os limites de endividamento da Lei de Responsabilidade Fiscal, esvaziando o propósito central da norma.

A Lei Complementar nº 208/2024 nasceu sob o signo da desconfiança. É necessário promover um debate mais aprofundado entre os diversos atores envolvidos. Sem um alinhamento prévio e explícito que harmonize as visões do Legislativo, do Executivo, dos órgãos de controle e do Judiciário, a lei permanecerá de reduzida aplicação: um mecanismo financeiro de grande potencial, mas neutralizado por um sistema de controle robusto e por uma realidade jurídica e concorrencial que a torna impraticável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CAF nº 1579/2014. 23 de setembro de 2014. (<https://auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Parecer-PGFN-1579-2004.pdf>).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 772/2016. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Processo TC 016.585/2009-0. Ata 11/2016 – Plenário. Brasília, DF, Sessão 06/04/2016.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS (CNM). O que os Municípios precisam saber sobre a Lei Complementar 208/2024 (securitização). Brasília: CNM, ago. 2024.

CONTI, José Mauricio. Levando o Direito Financeiro a sério. 3^a. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

CONTI, José Mauricio; LIMA, Guilherme Corona R.; CARVALHO, André C.. Securitização da dívida pública: um potencial inexplorado da LC 208. In JOTA, 24 jul. 2025 (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/securitizacao-da-divida-publica-um-potencial-inexplorado-da-lc-208>).

FERREIRA, Gustavo A., FERREIRA, João Vinícius S. Securitização da dívida ativa: solução estrutural ou liquidação do patrimônio público? Revista Consultor Jurídico, 18 de julho de 2025 (<https://www.conjur.com.br/2025-jul-18/securitizacao-da-divida-ativa-solucao-estrutural-ou-liquidacao-do-patrimonio-publico/>).

QUEIROZ, Cristina Monteiro de. Cessão de créditos tributários: a experiência de securitização da dívida ativa do estado de Minas Gerais. In BRASIL. Tesouro Nacional. Revista Cadernos de Finanças Públicas, v. 20, nº 1, p. 1-80, março, 2020. Disponível em: <https://publicacoes.tesouro.gov.br/index.php/cadernos/article/view/72/50>.

SANTOS, Luis Augusto Ferreira dos. Securitização de créditos fiscais tributários no Setor Público, sob a forma de direitos creditórios: uma proposta de análise técnica com base em estudo de caso da jurisprudência TCU. In Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí, ano 01, ed. 01, pg. 507-529, jan.-jun. 2021.

VI

UMA ANÁLISE SOBRE A APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI BENÉFICA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO E PENAL COM A INCLUSÃO DO §9º-A NO ART. 25 DO DECRETO N° 70.235/72

*Juarez Arnaldo Fernandes*³¹

Resumo: O estudo analisa a inclusão do §9º-A no art. 25 do Decreto nº 70.235/72, que determina a exclusão de multas e o cancelamento da representação fiscal para fins penais nos casos decididos por voto de qualidade no contencioso administrativo. Com natureza híbrida — tributária e penal —, a norma provoca debates quanto ao seu alcance e à possibilidade de aplicação retroativa. A pesquisa sustenta que os efeitos do dispositivo devem alcançar também situações pretéritas, com base no art. 106 do Código Tributário Nacional e no art. 5º, XL, da Constituição Federal, que asseguram a retroatividade da lei mais benéfica. O trabalho defende interpretação ampla do termo “multas”, incluindo a multa qualificada, e reconhece a medida como forma de anistia condicionada com respaldo nos princípios da isonomia, segurança jurídica, equidade e justiça fiscal. Conclui-se que a retroatividade do §9º-A é necessária para corrigir distorções, reduzir litígios e promover equilíbrio entre o poder de tributar e a proteção dos direitos fundamentais do contribuinte.

Palavras-chave: Direito Tributário; Direito Penal; Retroatividade Benigna; Voto de Qualidade; Anistia; Segurança Jurídica.

Abstract: This study analyzes the inclusion of § 9-A in Article 25 of Decree No. 70.235/72, which establishes the exclusion of fines and the cancellation of tax crime reports in cases decided by casting vote in

31. Especialista em Direito Constitucional e Tributário, Empresarial e Recuperação de Empresas, Penal e Econômico, Contábil e Financeiro, Perícia, Avaliação e Arbitragem, Contabilidade Tributária, Contabilidade Forense e Investigação de Fraudes. MBA em Gestão Empresarial e Planejamento Tributário. Contador, perito contábil judicial no TJ-PR, TJ-RS e JF-PR. Administrador judicial e parecerista. juarezfernandes@sercomtel.com.br

administrative tax proceedings. With a hybrid nature — encompassing both tax and criminal aspects — the provision raises debates regarding its scope and the possibility of retroactive application. The research argues that the effects of the provision should also apply to past situations based on Article 106 of the National Tax Code and Article 5, XL, of the Federal Constitution, which guarantee the retroactivity of more lenient laws. The paper advocates for a broad interpretation of the term “fines,” including qualified fines, and recognizes the measure as a form of conditional amnesty supported by the principles of equality, legal certainty, equity, and tax justice. It concludes that the retroactive application of § 9-A is essential to correct distortions, reduce litigation, and promote a balance between the power to tax and the protection of taxpayers’ fundamental rights.

Keywords: Tax Law; Criminal Law; Leniency Retroactivity; Casting Vote; Amnesty; Legal Certainty.

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto jurídico e efeitos do § 9º-A. 3. Interpretação do termo “multas”. 4. Retroatividade e fundamentos legais. 5. Integração normativa e princípios aplicáveis. 6. Anistia e natureza híbrida da norma. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A inclusão do §9º-A³² no art. 25 do Decreto nº 70.235/72, por meio da Lei nº 14.689/2023, representou um avanço relevante no tratamento das decisões administrativas fiscais. A norma estabeleceu que, quando o julgamento for decidido pelo voto de qualidade, ficam afastadas as multas e cancelada a representação fiscal para fins penais. Essa modificação, além de alterar a dinâmica do processo administrativo tributário³³, também repercute na esfera penal³⁴, configurando uma regra de caráter híbrido que

32 § 9º-A. Ficam excluídas as multas e cancelada a representação fiscal para os fins penais de que trata o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na hipótese de julgamento de processo administrativo fiscal resolvido favoravelmente à Fazenda Pública pelo voto de qualidade previsto no § 9º deste artigo.

33. É o ramo didaticamente autônomo do direito, integrado pelo conjunto de proposições jurídico-normativas, que correspondam, direta ou indiretamente, com a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos. (Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*. 13^{ed}. São Paulo: Saraiva, 2000, p.15-16)

34. O conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam

merece análise aprofundada.

A principal controvérsia que emerge é se os efeitos benéficos da norma devem se limitar aos casos ocorridos após sua vigência ou se podem alcançar situações anteriores ainda não definitivamente julgadas. A resposta para essa questão exige um exame que vai além da literalidade do texto, passando por princípios constitucionais como isonomia, segurança jurídica e retroatividade da lei penal mais benéfica, previstos no art. 5º, XL, da Constituição Federal, além das regras do art. 106 do Código Tributário Nacional.

Diante desse cenário, este estudo busca discutir os fundamentos que justificam a aplicação retroativa do §9º-A, interpretando seu alcance e explorando seus reflexos nas esferas tributária e penal, com especial atenção aos impactos que a norma produz na relação entre o Fisco e o contribuinte.

2. Contexto jurídico e efeitos do § 9º-A

Para que haja, em tese, um ato penal tributário, este terá que ser motivado pela apuração fiscal, onde se aplicará a multa qualificada para o caso de dolo, fraude e omissão, configurando, assim, a tipificação dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Na presente matéria, com a aplicação do que dispõe o §9º-A, ocorrendo desempate de voto por qualidade, o contribuinte terá excluída as multas, com cancelamento da representação fiscal para fins penais, e o que se indaga, neste campo, é se os benefícios fiscal e penal devem incidir somente a partir da vigência da publicação da norma legal. A resposta, contudo, é negativa.

Neste ponto, há quem sustente que a retroatividade do §9º-A não seria possível sob o argumento de que se trata de norma de direito material tributário, sujeita à regra da irretroatividade (art. 150, III, “a”, da CF), e que sua aplicação a fatos passados violaria a segurança jurídica.

Todavia, esta interpretação não se sustenta. Isso porque, embora o dispositivo esteja inserido no processo administrativo fiscal, seus efeitos ultrapassam a esfera meramente tributária, alcançando a representação

também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado. (Damásio de Jesus, Direito penal: parte geral, v. I. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 05)

fiscal para fins penais. Ao excluir multas e cancelar a comunicação ao Ministério Público, o §9º-A assume natureza híbrida, com nítido conteúdo penal, atraindo a incidência do art. 5º, XL, da Constituição, que garante a retroatividade da lei penal mais benéfica.

3. Interpretação do termo “multas”

Antes, porém, de adentrar ao objeto do presente artigo, destaca-se que, no caso da exclusão das multas, o texto de lei, não faz qualquer menção ao conceito, classificação ou autonomia, mas apenas ao termo “multas”.

Na prática, é possível que, pela redação do referido dispositivo, haja duas correntes interpretativas do conceito “multa”. De um lado, a percepção de que essa multa seria aquela que veio a dar origem à representação fiscal para fins penais – qualificada, e, de outro lado, a ideia de que o termo “multas” é amplo, podendo compreender multa de mora, isolada, de ofício, etc.

Argumenta-se também que a exclusão de “multas” não abrangeia a multa qualificada, já que esta tem natureza punitiva específica e vinculada à prática de dolo, fraude ou simulação. Entretanto, a melhor interpretação é a de que o termo “multas” deve ser entendido de forma ampla, incluindo inclusive a multa qualificada, sob pena de se esvaziar o efeito prático da norma. Caso contrário, o cancelamento da representação fiscal para fins penais seria inócuo, uma vez que a multa qualificada é justamente a que fundamenta tal representação.

Para além das interpretações que podem ser suscitadas, é certo que esse dispositivo legal terá aplicação a partir da sua vigência, porém, não só, pois deve incidir para os casos pretéritos também. E, aqui, se inicia o marco da discussão do presente artigo.

4. Retroatividade e fundamentos legais

De partida, sobre o tema, disciplina o artigo 106, I, do Código Tributário Nacional, que:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Nas palavras do saudoso jurista BRITO MACHADO, “a retroatividade das leis em geral é absolutamente inadmissível”.³⁵ Para ele, a irretroatividade é norma fundamental do Direito dos povos civilizados, sendo um notável instrumento da realização do princípio da segurança jurídica, integrante da própria essência das normas jurídicas em geral, ou seja, ao tratar da retroatividade benigna, o art. 106 do CTN deve ser interpretado como instrumento de justiça fiscal, permitindo a aplicação da norma mais favorável sempre que houver conflito entre a rigidez arrecadatória e a proteção do contribuinte.

Realmente, as normas jurídicas em geral aplicam-se apenas a atos e fatos futuros, vale dizer, atos e fatos que acontecem depois de haver iniciado a vigência da norma. Assim, ao dizer o artigo 106 do CTN que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito nas hipóteses que menciona, alberga norma excepcional que incide tão-somente naquelas hipóteses taxativamente estabelecidas, o que não significa que não existam outras situações nas quais a lei tributária pode ser aplicada retroativamente.

Esse entendimento encontra respaldo em precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais³⁶, que reconheceu, por exemplo, que, em casos de infrações cometidas antes da entrada em vigor da Lei nº 12.873/2013, relativas à apresentação de dados digitais exigidos pela Receita Federal, deve ser aplicada a penalidade mais branda prevista na Lei nº 12.766/2012, e não aquela prevista no art. 12 da Lei nº 8.218/91, com fundamento no art. 106 do CTN. Esse precedente reforça que, em matéria sancionatória tributária, a retroatividade benigna é imperativa, e serve de parâmetro para sustentar a aplicabilidade do §9º-A do art. 25 do Decreto nº 70.235/72 também a situações pretéritas.

Esse entendimento encontra respaldo em precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que reconheceu, por exemplo, que, em casos

35. BRITO MACHADO, Hugo. Comentários ao Código Tributário Nacional. 2. vol. São Paulo: Atlas, 2004. p. 164.

36. Acórdão nº 9303-011.339 – CSRF / 3ª Turma, Sessão 13.4.2021

de infrações cometidas antes da entrada em vigor da Lei nº 12.873/2013, relativas à apresentação de dados digitais exigidos pela Receita Federal, deve ser aplicada a penalidade mais branda prevista na Lei nº 12.766/2012, e não aquela prevista no art. 12 da Lei nº 8.218/91, com fundamento no art. 106 do CTN.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 242496/RS, decidiu-se que: “O art. 106, II, ‘c’, do CTN permite a aplicação retroativa da lei mais benéfica ao contribuinte, possibilitando assim a redução da multa estabelecida (...),³⁷ reforçando que, em matéria sancionatória tributária, a retroatividade benigna é imperativa, e serve de parâmetro para sustentar a aplicabilidade do § 9º-A do art. 25 do Decreto nº 70.235/72 também a situações pretéritas.

Há aqueles que poderiam argumentar que, por se tratar de exclusão de penalidade no âmbito administrativo, e não de modificação penal típica, não haveria obrigatoriedade de aplicar a retroatividade prevista no art. 5º, XL, da Constituição. Essa posição, contudo, ignora que a exclusão de multa e o cancelamento da representação fiscal estão intrinsecamente ligados ao status libertatis do indivíduo, pois impactam diretamente a persecução penal, assumindo, portanto, natureza material que justifica sua aplicação retroativa.

Esses fundamentos jurídicos demonstram que a retroatividade benigna não é apenas uma exceção, mas um verdadeiro mecanismo de justiça fiscal. Diante dessa compreensão, passa-se a analisar como a integração normativa e os princípios gerais do direito reforçam o alcance do § 9º-A, especialmente quando a legislação não é suficiente para dar conta de todas as situações concretas.

O artigo 106 do CTN traz duas hipóteses de aplicação retroativa da lei tributária, a saber, a hipótese de lei expressamente interpretativa (I) e a hipótese de lei punitiva mais favorável ao contribuinte (II, “c”), chamada retroatividade benigna. No ordenamento jurídico brasileiro, a interpretação deverá sempre estar amparada nos princípios da legalidade, da autonomia relativa do direito tributário ou da supremacia constitucional.

37. REsp 242496/RS, 2^a T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 13.08.2001

5. Integração normativa e princípios aplicáveis

Ainda, no objeto do presente artigo, além da norma jurídica da interpretação, o art. 107 do CTN também vincula a integração, cabendo ao intérprete criar um vínculo da disposição normativa, aplicando, neste caso, o disposto no art. 108 do mesmo diploma:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Cabe à interpretação pressupor a existência de uma norma específica e expressa para aqueles casos em que se tem o significado desta norma, especialmente, pelo sistema em que a mesma faz parte. Já a integração se considera quando se apresenta na ausência de norma específica e expressa, utilizando o disposto no art. 108 do CTN.

Neste horizonte, o direito positivo brasileiro acolheu a Teoria das Lacunas, assim, havendo ausência de norma específica, a solução se dá por analogia, pelos princípios gerais de Direito ou pela equidade. A análise da integração normativa revela que o ordenamento jurídico oferece instrumentos capazes de suprir lacunas e harmonizar a aplicação das normas, e com base nessa premissa, é possível compreender de que modo a natureza híbrida do § 9º-A e sua função anistiadora dialogam com a lógica do sistema tributário e penal.

Cristalino se aplica ao caso as palavras da doutrinadora DINIZ³⁸, que:

se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência sem ser con-

38. DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*, São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 1999, p.p 25 e 26

dicionada pela própria experiência, o problema da existência das lacunas ficaria resolvido, para alguns autores, de forma negativa, porque há uma regra que diz que ‘tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido’, qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório nem proibido. Essa regra genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta; daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência, nesse sistema que é manifestação de uma unidade perfeita e acabada, ganhando o caráter de ficção jurídica necessária. De uma forma sintética, poder-se-á dizer como Von Wright que ‘um sistema normativo é fechado quando toda ação está, deonticamente, nele determinada’. (g.n)

Dessa forma, a aplicação legal do art. 108 do CTN corrigirá a lacuna da norma omissa ou confusa, pois a integração é aquela que elenca também o limite do princípio da Eficiência Pública (art. 37, CF) ao agente na atividade administrativa de fiscalização, sendo tanto no âmbito do processo do lançamento do tributo como do processo administrativo fiscal.

Sendo invocáveis o que dispõe o art. 108 do CTN, em obediência ao princípio da legalidade, tem-se o fruto de uma visão da ordem jurídica e principalmente de propagar as regras jurídicas.

A título exemplificativo sobre o emprego do princípio da equidade, tem-se as palavras de BRITO MACHADO³⁹ de que:

é a justiça no caso concreto. Por ela corrige-se a insuficiência decorrente da generalidade da norma. A falta de uma norma específica para cada caso é que enseja a integração por equidade. Distingue-se da analogia porque, enquanto pela analogia se busca suprir a lacuna com uma norma específica destinada a regular situação analógica, com a equidade se busca uma solução para o caso concreto a partir da norma genérica, adaptando-a, inspirado no sentimento da benevolência.

6. Anistia e natureza híbrida da norma

Entretanto, não havendo o mesmo critério da aplicação do § 9º-A do art. 25 do Decreto 70.235/72 para os fatos pretéritos, além de ocorrer uma injustiça fiscal e penal, haverá também grave afronta aos princípios da iso-

39. BRITO MACHADO, Hugo. Curso de Direito Tributário. 40º. ed. Malheiros Editora. São Paulo, 2019. p. 110

nomia, da equidade, da segurança jurídica e da legalidade, pois enquanto um contribuinte usufrui dos benefícios da lei, outro, estará submetido à arrecadação tributária maior, ao inquérito policial, ao processo criminal ou até mesmo cumprindo pena carcerária ou restritiva de direitos.

Além disso, a partir da regra disciplinada pelo § 9º-A do art. 25, é possível concluir que o legislador pretendeu anistiar a multa e, por consequência, a própria representação fiscal para fins penais, pois uma está enraizada a outra.

HELENA COSTA⁴⁰, afirma que a anistia:

tecnicamente, consiste no perdão da penalidade imposta ao contribuinte infrator e, eventualmente, também o perdão da própria infração. (...) significa a extinção da relação jurídica sancionatória, seja mediante o perdão da penalidade, seja mediante o perdão da própria infração.

Está na mesma toada o jurista BARROS DE CARVALHO⁴¹ ao afirmar que:

anistia fiscal é o perdão da falta cometida pelo infrator de deveres tributários e também quer dizer o perdão da penalidade a ele imposta por ter infringido mandamento legal. (...) Voltando-se para pagar o ilícito tributário ou a penalidade infligida ao autor da ilicitude, o instituto da anistia traz em si indiscutível caráter retroativo, pois alcança fatos que se compuseram antes do termo inicial da lei que a introduz no ordenamento.

Neste campo, o art. 175, II, do CTN estabelece a anistia como uma forma de exclusão do crédito tributário.

Já o art. 180, inciso I, do mesmo caderno, estabelece que “a anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele”, ou seja, não estariam acobertados pela anistia (CTN, art. 175, I).

40. HELENA COSTA, Regina. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional – 12. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022, p. 321 e 323

41. BARROS CARVALHO, Paulo de. Direito tributário : linguagem e método. – 8. ed. – São Paulo: Noeses, 2021. p. 615/616

Neste mesmo sentido, CARRAZZA⁴², explica que “a lei de anistia, em termos técnicos-jurídicos, portanto, faz desaparecer as multas decorrentes da prática de infrações tributárias (cf., inclusive, o art. 180 do CTN)”, reforçando que a concessão da anistia implica a extinção das penalidades associadas às infrações abrangidas pela norma.

Ocorre que o artigo seguinte – 181, inciso II, alínea “a”, determina que “a anistia pode ser concedida, limitadamente, às infrações da legislação relativa a determinado tributo”.

Como é sabido, o conceito de crédito tributário abrange também a multa⁴³, e sendo assim, ao excluir as multas (que se estende à multa qualificada – aquela praticada pelo Fisco quando há tese de crime tributário) e, por consequência, cancelar a representação fiscal para os fins penais pelo voto de qualidade, se praticou a extensão analógica de anistia, conforme os artigos 175, II, e 181, II, “a”, do Código Tributário Nacional, ou seja, a anistia é o perdão da infração, que impede o surgimento do crédito tributário correspondente a multa respectiva.

É possível afirmar, portanto, e com segurança, que o §9º-A do art. 25 criou uma anistia condicionada à aplicação do voto de qualidade, como forma de exclusão do crédito tributário, traduzindo-se em um mecanismo de limitação do poder de tributar, que deve sempre ser interpretado à luz dos princípios constitucionais da razoabilidade e da justiça fiscal.

Importante destacar que a regra do disposto no processo penal brasileiro é que a multa qualificada e os crimes tributários têm os mesmos pontos de incidência, tanto que o art. 44, § 1º, “c”, II, da Lei 9.430/96, estabelece que, havendo sentença penal de absolvição com apreciação de mérito em processo em que decorra imputação criminal do sujeito passivo, a qualificação da multa deve ser afastada.

No tocante ao art. 83 da Lei 9.430/96, este dispõe que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida

42. CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 35.ed., rev.-atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 943

43. Art. 43 da Lei 9.430/96; Art. 113, §§ 1º e 3º e art. 139 do CTN

a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Como já dito, com a vigência da nova norma jurídica, para os casos posteriores à publicação da Lei 14.689/2023, com o julgamento na Instância Administrativa, ocorrendo decisão mantendo o auto de infração com o voto de qualidade – desempate –, o art. 83 da Lei 9.430/96 não será aplicado, já para os casos pretéritos, a representação fiscal para fins penais continuará seu trâmite normal, havendo uma injustiça, pois o benefício deveria proceder nos mesmos moldes ao contribuinte em ocorrência posterior a promulgação da lei.

Válido ressaltar que, ocorrendo dúvida, mesmo que seja no âmbito tributário, a regra que se aplica é a da interpretação benigna, pois, como esclarecido, a esfera tributária, neste campo, se comunga com o âmbito penal.

No cenário penal, a analogia a ser aplicada em relação ao benefício favorável ao contribuinte (exclusão da multa e o cancelamento da representação fiscal para fins penais), seja ele investigado, réu ou condenado, retroage ao ilícito e dispensa a penalidade imposta ao infrator.

De um ou de outro modo, a sanção (penalidade aplicada ao infrator quanto a relação jurídica que a veicula, tratando-se de norma individual e concreta, bem como aquela da norma geral e abstrata, como a própria norma que tem como antecedente a tipificação do ilícito) será extinta, sendo que, com o desaparecimento do ilícito beneficiam-se os atos ou fatos pretéritos, por força de sua aplicação retroativa. É a anistia tácita. Perdão pelo ilícito e a de perdão da penalidade.⁴⁴

A retroatividade da norma legal, através da introdução legislativa, ou seja, a aplicação do § 9º-A do art. 25 do Decreto 70.235/72, está amparada no disposto Constitucional, em seu art. 5º, XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Para BARROS CARVALHO⁴⁵:

lei retroativa é aquela que rege fato ocorrido antes de sua vigência, proibição que a Carta Magna estabelece como princípio geral,

44 Paulo de Barros Carvalho. Direito Tributário Linguagem e Método. 8^a. ed. Noeses Editora. São Paulo, 2021. p.p 615/616, 872

45. BARROS CARVALHO, Paulo de. Direito tributário : linguagem e método. – 8. ed. – São Paulo: Noeses, 2021. p. 315

abrindo particularíssimas exceções para as hipóteses de preceitos interpretativos ou, no caso de infrações e de sanções, para beneficiar o acusado.

Essa interpretação corrobora que a retroatividade, quando benéfica, constitui não apenas uma faculdade, mas uma imposição constitucional destinada a assegurar a justiça material e a proteção do contribuinte frente ao poder punitivo estatal.

Por analogia, LOPES JUNIOR⁴⁶ ao comentar sobre a lei 13.964/2019, em sua essência, neste mesmo horizonte, ensina que:

quanto à aplicação no tempo, trata-se de norma mais benigna que deverá retroagir. Como explicamos no início dessa obra, ao tratar da lei processual no tempo (para onde remetemos o leitor), na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.

Neste mesmo diapasão, a Corte Maior Constitucional, já se manifestou, destacando-se o julgamento do ARE 1249156 A GR-ED / SP.⁴⁷

(...) 2. A expressão lei penal contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo.

(...)

4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF.

5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. (...)

46. LOPES JUNIOR, Aury. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 86

47. 2ª. Turma do STF. Relator Min. Edson Fachin. Dje 14/03/2022

Na mesma sintonia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EDcl no AgRg no AREsp 1319986/PA⁴⁸, decidiu que:

O cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).

Portanto, ao interpretar o § 9º-A do art. 25 do Decreto nº 70.235/72, não se pode restringir sua aplicação apenas a fatos posteriores sem comprometer seu verdadeiro propósito. A norma, ao afastar multas e cancelar a representação fiscal, visa corrigir distorções e, por isso, deve alcançar também situações anteriores. Negar essa retroatividade seria perpetuar desigualdades entre contribuintes em condições idênticas, ferindo princípios como isonomia, segurança jurídica e justiça fiscal.

7. Conclusão

O §9º-A do art. 25 do Decreto nº 70.235/72 representa um marco significativo na relação entre Fisco e contribuinte, ao vincular o voto de qualidade à exclusão das multas e ao cancelamento da representação fiscal para fins penais. Por sua natureza híbrida — abrangendo dimensões tributárias e penais —, sua retroatividade não é mera escolha política, mas exigência imposta pelos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar e punir, garantindo proporcionalidade, razoabilidade e justiça.

Negar a retroatividade desse dispositivo manteria contribuintes em condições idênticas sob tratamentos distintos, afrontando a isonomia, a segurança jurídica e a justiça fiscal. Mais que um benefício individual, trata-se de um mandamento constitucional previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, que assegura a aplicação da norma mais benéfica e reafirma que a legitimidade do poder de tributar e punir exige respeito aos direitos fundamentais.

Além disso, essa interpretação contribui para a pacificação de conflitos, reduz litígios e evita que contribuintes sejam submetidos a processos penais esvaziados de sentido diante da nova realidade normativa. Assim, aplicar retroativamente o § 9º-A não apenas corrige distorções e promove

48. 6ª. Turma do STJ. Relator Min. Nefi Cordeiro, DJe 26.2.2021.

equilíbrio entre arrecadação e justiça fiscal, como também fortalece a confiança legítima que deve pautar a relação entre Fisco e contribuinte.

REFERÊNCIAS

- BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de direito tributário*. 13^aed. São Paulo: Saraiva, 2000
- BARROS CARVALHO, Paulo de. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 8^a. ed. Noeses Editora. São Paulo, 2021
- BRASIL. Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm
- BRASIL. Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto de consumo e reorganiza a legislação tributária federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4502.htm
- BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm
- BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm
- BRASIL. Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023. Altera a legislação tributária federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14689.htm
- BRASIL. Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm
- BRITO MACHADO, Hugo. *Curso de Direito Tributário*. 40^a. ed. Malheiros Editora. São Paulo, 2019.
- BRITO MACHADO, Hugo. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. vol. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário* – 35.ed.,rev.-atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. 3^a. Turma, Processo nº 19515.721499/2013-43, Acórdão nº 9303-011.339, Relatora Conselheira Vanessa Marini Cecconello, Sessão 13.4.2021.

DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito, São Paulo: Saraiva, 5^a edição, 1999

HELENA COSTA, Regina. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional – 12. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022,

JESUS, Damásio de. Direito penal: parte geral, v. 1. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

LOPES JUNIOR, Aury. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Saraiva, 2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1249156 A GR-ED / SP . 2^a. Turma do STF. Relator Min. Edson Fachin. DJe 14.3.2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg no AREsp 1319986/PA. 6^a. Turma do STJ. Relator Min. Nefi Cordeiro, DJe 26.2.2021.

VII

PARECER JURÍDICO SOBRE COMPENSAÇÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA EXTERNA BRASILEIRA COM TRIBUTOS FEDERAIS

LEGAL OPINION ON OFFSETTING BRAZILIAN EXTERNAL DEBT SECURITIES WITH FEDERAL TAXES

Kiyoshi Harada⁴⁹
Marcelo Kiyoshi Harada⁵⁰

Resumo: Este parecer opina pela possibilidade de compensação dos valores consignados no título da dívida pública externa emitidos em libras esterlinas, inseridos no Orçamento Anual da União no exercício de 2014 para resgate e pagamento porque esse ato governamental implicou renúncia da prescrição.

Palavras chaves: Título da dívida pública emitido em libras esterlinas. Inclusão orçamentária do valor do título. Renúncia da prescrição.

Abstract: This opinion suggests the possibility of offsetting the amount allocated in external public debt securities issued in pounds sterling included in the Union's Annual Budget for the fiscal year 2014 for redemption and payment because this governmental act implied a waiver of prescription.

Keywords: Public debt security issued in pounds sterling. Budgetary inclusion of the security's value. Waiver of prescription.

Sumário: Parte I: Da consulta. Parte II: Introdução. 1. Da validade dos títulos sob consulta. 2. Da imprescritibilidade do título sob exame. 3. Cessão dos títulos e seu aproveitamento para compensação tributária. 4. Resposta aos quesitos.

49. Especialista em Direito Tributário pela USP e Mestre em Direito pela UNIP

50. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP

PARTE I

1. DA CONSULTA

O Consulente esclarece que é advogado de clientes que são titulares de títulos da dívida pública externa emitidos em libras esterlinas que foram inseridos no orçamento Anual da União do Exercício de 2014, para resgate e pagamento naquele exercício, sob a nomenclatura de Operações Especiais, códigos 0409 e 0367, com diversas datas de emissão, todos eles previstos no Decreto-lei nº 6.019/1943. Esses títulos foram reconhecidos pelo Decreto-lei nº 6.019, de 23 de novembro de 1943, prevendo o seu pagamento a partir de 1º de janeiro de 1944 pela forma estabelecida em seu art. 3º. O citado Decreto-lei nº 6.019/43 foi regulamentado pelo Decreto nº 6.410 de 10 de abril de 1944 que facultou a União de emitir novos títulos, em séries correspondentes aos empréstimos originais na forma prevista em seu art. 2º.

O Consulente deseja saber acerca da validade desses títulos e quanto possibilidade de cessão deles, bem como quanto à possibilidade jurídica de sua utilização para quitação de tributos federais mediante compensação tributária.

Para melhor compreensão dos fatos apresenta os seguintes documentos:

- a) Ofício 81/87, de 25-5-87, subscrito por J. Gordon Pereira, agente do Banco do Brasil em Nova York, reconhecendo a perpetuidade dos títulos vinculados ao Decreto-lei nº 6.019/43;
- b) Parecer PGFN/COF nº 867/87, de 26-8/87, reconhecendo a imprestabilidade da dívida externa e a necessidade de pagamento dos títulos pelo governo brasileiro;
- c) Carta ao Banco Central do Brasil enviada pelo Banco do Brasil em 17/8/2000 apresentando o cronograma de pagamentos das dívidas vinculadas ao Decreto-lei nº 6.019/43 até 2035;
- d) Nota STN /CODIV/GAB nº 1739, de 20-10-2000, reconhecendo a validade dos valores devidos em cada título denominado em libra esterlina;
- e) Parecer PGFN/COF/Nº 2367, de 14/11/2000, concluindo que os “títulos emitidos em Londres encontram-se com seus pagamentos

exigíveis, comportando pagamento, até os respectivos prazos de vencimentos previstos nas planilhas de fls. 994/1038”;

- f) Portaria nº 616, de 20-12-2000 da Secretaria do Tesouro Nacional que subdelega às autoridades aí nominadas a competência para autorizar pagamentos relativos a títulos abrangidos pelo Decreto-lei nº 6.019/43;
- g) Parecer PGFN/COF/Nº 618/2002, de 18-3-2002, que opina favoravelmente à proposta de resgate dos títulos mencionados no Decreto-lei nº 6.019/43;

Diante do exposto o Consulente apresenta os seguintes quesitos:

- 1 - Os Títulos da Dívida Externa Brasileira, emitidos em libras esterlinas, comercializados na praça de Londres, foram alcançados pela prescrição?
- 2 - Uma vez reconhecida a perpetuidade da validade destes títulos é possível sofrer modificação tal entendimento? Por quê?
- 3 - Em caso negativo, estando os mesmos ainda válidos e representando crédito financeiro em desfavor da União Federal, são passíveis de ter o seu valor nominal devidamente corrigido, aplicando-se a cláusula ouro e os juros contratuais?
- 4 - O pedido de resgate de tais títulos deve se dar exclusivamente no exterior?
- 5 - O crédito financeiro deles decorrente pode ser utilizado para extinção de obrigação tributária?
- 6 - Partindo-se da premissa da existência de crédito financeiro válido, líquido e certo, pergunta-se:
 - 6.1 - Os Detentores do crédito podem cedê-los a terceiros?
 - 6.2 - Com base na Portaria 913/2002 pode-se afirmar que o crédito financeiro devidamente alocado na Secretaria do Tesouro Nacional pode ser utilizado para extinção de obrigação tributária?
 - 6.3 - Sendo a DCTF uma obrigação tributária acessória quais as implicações legais na hipótese de não ser ela entregue com os valores devidos? Lembrando que as demais obrigações tributárias foram entregues com as informações corretas.

6.4 - Sabendo que, além das obrigações tributárias acessórias e principais, com exceção da DCTF, foram prestadas as informações dos fatos geradores junto à Secretaria do Tesouro Nacional e à RFB, através de informes alocados em Processos Administrativos, é possível afirmar que foi cometido algum ilícito tributário? Por quê?

PARTE II

PARECER

A questão consultada resume-se em saber: a) se os títulos dos clientes do Consulente emitidos em libras esterlinas são válidos; b) se esses títulos estão prescritos; c) se não estão prescritos podem eles ser objetos de negociação e eventual compensação com tributos federais.

Abordaremos essas três questões precedidas de uma breve introdução acerca dos títulos da dívida pública externa.

INTRODUÇÃO

Conforme assinalamos em nosso livro, a primeira dívida pública contraída pelo Brasil Império data de 1824, quando foram levantadas 2.000.000 libras esterlinas em condições leoninas. Durante o século XIX as operações com a Praça de Londres se sucederam, quer para financiar a Guerra contra o Paraguai, quer para reprimir movimentos revolucionários, quer para enfrentar crises e déficits crônicos. E ainda por força do tratado firmado em 29 de agosto de 1825, com Portugal que reconhecia a nossa independência, a dívida de 2.000.000 libras contraída pela ex metrópole ficou acrescida àquela original contraída pelo Brasil em 1824.

Com o agravamento da situação financeira o Brasil lançou mão em 1898 e 1914 de operações conhecidas como fundingloanconsistentes em moratórias, atribuindo aos credores novos títulos em pagamento das prestações e do serviço da dívida. Em 1964 o Brasil ingressou no mercado externo como grande tomador de empréstimos e em fevereiro de 1987 acabou por decretar a suspensão dos pagamentos dos serviços da dívida externa, questionando as cláusulas contratuais não referendadas pelo Congresso Nacional, como determina a Constituição.

Daí o advento de dois planos originários da Secretaria do Tesouro dos Estados Unidos que ficaram com os nomes dos titulares da Secretaria da época: o Plano Backer de 1985 que não produziu os resultados esperados, dando origem ao Plano Brady aprovado durante o governo de George Bush. Esse plano Brady tinha como propostas fundamentais: a) a política de repatriação de bens pelos países devedores; b) a adoção de política visando redução tanto da dívida, quanto de seu serviço, mediante esforço conjunto de países devedores e dos bancos credores no sentido de propiciar novos empréstimos em condições favoráveis; c) o acionamento do FMI e do BIRD para orientar as instituições financeiras internacionais para viabilizar novos empréstimos, ao mesmo tempo que atuando junto países devedores para reduzir a dívida e o serviço da dívida. O Senado Federal do Brasil, por meio da Resolução nº 98, de 23-12-1992, aprovou esse acordo da dívida externa. Esse acordo permitiu ao Brasil a redução de sua dívida, bem como à sua securitização mediante lançamento do bônus de desconto e de bônus ao par, ambos garantidos pelo Tesouro dos Estados Unidos.

Em 1994 o Brasil, após superar as dificuldades apresentadas pela família Dart, expressiva credora norte-americana, concluiu a reestruturação de sua dívida externa convertendo em novos títulos U\$ 49 bilhões do que devia⁵¹.

Esse retrospecto histórico bem ilustra que a dívida pública contraída no exterior não caduca, não prescreve, sujeitando-se a negociações que resultam em novos contratos, em aditamento aos contratos existentes e sempre honrados, evitando que o país seja acionado perante a Corte Internacional de Justiça. Como se sabe, não mais se admite a cobrança forçada, como aquela tentada contra a Venezuela nos idos de 1902 dando nascimento à doutrina de drago, segundo a qual não se admite a cobrança armada quando o Estado devedor não se submete à arbitragem ou se nega a cumprir o laudo arbitral.

O Brasil sempre honrou seus compromissos internacionais. A moratória decretada em 1987 pelo Governo Sarney foi levantada em 1994, com a sua adesão ao Plano Brady, retornando ao mercado financeiro internacional a partir de 1995, com o lançamento de bônus negociáveis.

51 . Cf. nosso *Direito Financeiro do Tributário*. 25^a ed. São Paulo: Atlas, 2016, V. 166-170.

1. DA VALIDADE DOS TÍTULOS SOB CONSULTA

Como se verifica da parte introdutória deste parecer as obrigações de natureza financeira contraídas pelo Brasil na praça situada no exterior nunca deixaram de ser cumpridas, quer pelo seu adimplemento no prazo contratual, quer pela prorrogação de prazo mediante aditamentos contratuais, quer pela renegociação da dívida sob diversas modalidades, fundingloan, Plano Blacker, Plano Brady e contratação de novos empréstimos para pagamentos de juros vencidos.

A consulta formulada versa sobre títulos vinculados ao Decreto-lei nº 6.019/43 que fixou normas definitivas para pagamentos de empréstimos externos realizados em libras e dólares pelos governos da União, Estados e Municípios, Instituto do Café do Estado de São Paulo e Banco do Estado de São Paulo, como resultado de entendimentos levados a efeito com os representantes do The Council of the Corporation of Foreign Bondholders do Foreign Bondholders Protective Council, Inc. de Nova York.

Órgãos e autoridades brasileiras sempre se posicionaram pela validade, imprescritibilidade e necessidade de pagamentos dos títulos da dívida pública vinculados aos termos do Decreto-lei nº 6.019/1943, objetos da presente consulta. Senão vejamos:

(a) Ofício nº 81/87, de 25-5-87, subscrito por J. Gordon Pereira, agente do Banco do Brasil em Nova York, responsável pelo pagamento dos títulos naquela praça.

O referido Ofício esclarece que como fechamento da Delegacia do Tesouro Nacional em Nova York em 1974, os recursos financeiros em seu poder para honrar os compromissos junto aos credores foram transferidos para o Banco do Brasil em Nova York, em 1-7-1975.

Quando o Decreto nº 93.872/86 determinou o encerramento das contas existentes no exterior aquele agente do Banco do Brasil endereçou o ofício referido ao Procurador Geral da Fazenda Nacional no sentido da necessidade de manter aquelas contas em aberto, a fim de evitar “inadimplemento por parte do governo brasileiro, com consequências nocivas ao próprio conceito do País no mercado financeiro externo”.

(b) Parecer PGFN / COF nº 867/87, de 26-8-87

O então Procurador Geral da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz opina pela manutenção das contas nºs 240.3145 e 240.3153 na agência do Banco do Brasil em Nova York, para prosseguir nos pagamentos dos títulos vinculados ao Decreto-lei nº 6.019/43, fundamentando-se no fato de que “existem, ainda, obrigações por resgatar, eis que, provavelmente, por serem os contratos de suas emissões reguladas pela legislação estrangeira, são imprescritíveis”.

(c) Carta ao Banco Central do Brasil enviada pelo Banco do Brasil em 17-8-2000

Com relação aos títulos da dívida pública abrangidos pelo Decreto-lei nº 6.019/43 o Banco do Brasil em atenção a seu expediente FIRCE / CONAC-II-C – 200/869, de 30-6-2000, encaminhou planilhas elaboradas pelo Ministério da Fazenda, onde consta um cronograma para pagamentos dos referidos títulos até o ano de 2035.

(d) Nota STN/CODIV/CAB nº 1739, de 20-10-00, subscrita pelo coordenador Geral da CODIV

Nesta nota o Coordenador Geral do Órgão que tem como atribuição operacionalizar a emissão, registro e acompanhamento de títulos de responsabilidade da União, Antonio de Pádua Ferreira Passos, aprovado pelo Secretário Adjunto do Tesouro Nacional, Rubens Sardenberg, reconhece a plena validade “dos valores devidos em cada título denominado em libra esterlina, esclarecendo ainda que há no Orçamento Geral da União, na unidade Encargos Financeiros da União – EFU – dotação orçamentária que ampare os pagamentos previstos em contrato”.

Resulta da análise dos documentos retrorreferidos que autoridades de órgãos competentes da União pronunciaram-se pela validade dos títulos abrangidos pelo Decreto-lei nº 6019/43 e com aval da Secretaria do Tesouro Nacional opinaram e decidiram pela necessidade de resgatar esses títulos, chegando a apresentar cronograma de desembolsos da União até o ano de 2035. São provas mais do que suficientes quanto à validade jurídica desses títulos que, por si só, afasta a cogitação de prescrição.

Esclareça-se que a Secretaria do Tesouro Nacional foi criada pelo Decreto nº 92.452, de 10-3-1986, incumbida da administração financeira da União, da contabilidade federal, além de exercer atividades relacionadas à emissão e implementação de operações com títulos de dívida pública da União.

Incumbe à STN “controlar as responsabilidades assumidas pelo Tesouro Nacional, em decorrência de contratos de empréstimos e financiamentos, para assegurar o pagamento dos compromissos nas datas de vencimento” (art. 2º, II) e “autorizar os pagamentos necessários à satisfação de compromissos financeiros garantidos pelo Tesouro Nacional e não honrados pelos devedores” (art. 2º, III).

2. DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS TÍTULOS SOB EXAME

Depreende-se dos pareceres e documentos retroexaminados que há opinião unânime das autoridades brasileiras competentes no sentido da imprescrivibilidade dos empréstimos celebrados à luz do direito estrangeiro.

Citemos a título ilustrativo três documentos oficiais que afastam a prescrição dos títulos sob exame:

(a) Parecer PGFN/COF/Nº 2367/2000 de 14-11-2000

Este parecer subscrito pela Procuradora da Fazenda Nacional, Maria Conceição Maranhã Sá, encampado pela Coordenadora-Geral, Sônia Portella e aprovado pelo Procurador Geral Adjunto da Fazenda Nacional, Carlos Eduardo da Silva Monteiro, conclui:

“Por conseguinte não tendo sido atingidos pela prescrição, referidos títulos emitidos em Londres encontram-se com seus pagamentos exigíveis, comportando pagamento, até os respectivos prazos de vencimento, previstos nas planilhas de fls. 994/1038”.

Termina o parecer solicitando encaminhamento da “cópia do presente parecer à Secretaria do Tesouro Nacional e ao BACEN, para ciência e providências”.

(b) Parecer PGFN / COF / Nº 618/2002 de 13-3-2002

Neste parecer a Procuradora da Fazenda Nacional, Suely Dib de Souza e Silva, com a concordância da Coordenadora-Geral, Sônia Portella, aprovado pelo Procurador Geral Adjunto da Fazenda Nacional, Daniel Rodrigues Alves, manifesta sua concordância com a proposta de resgate dos títulos mediante a publicação de edital de chamamento aos portadores para resgate de seus títulos em jornal de grande vinculação na Praça de Londres.

O parecer em questão, no seu item II, transcreve a Nota nº 127 STN/CODIV/GEPRE, de 8 de fevereiro de 2002, onde está dito o seguinte:

“[...]

11. Por outro lado, tem que se levar em conta que esses títulos têm caráter de perpetuidade, tendo o Tesouro Nacional obrigação em relação a eles sempre que ao agente pagador forem apresentados cupons de juros atrasados”.

(c) Na Lei Orçamentária Anual de 2014, constou expressamente a título de Operações Especiais os Códigos 0367 e 0409 pertinentes à dívida externa de que cuida o Decreto-lei nº 6.019/43.

A Lei nº 12.952, de 20 de janeiro de 2014, que aprovou a LOA para o exercício de 2014, consignou na parte concernente às Ações Orçamentárias Integrantes da Lei Orçamentária para 2014 os seguintes Códigos:

“0367 – Refinanciamento da Dívida Pública Externa decorrente de Acordos de Reestruturações. Esfera: 10 - Orçamento Fiscal. Função: 28 - Encargos Especiais. Subfunção: 842 - Refinanciamento da Dívida Externa. Base legal da ação: Resoluções do Senado Federal nºs 82/91, 20/91, 7/92, 53/92, 98/92, 96/93; Decretos-Leis nºs 6.019/43 e 6.410/44; Lei nº 10.179/2001 e LC nº 101/2000.”

“0409 – Dívida Externa da União decorrente de Acordos de Reestruturação. Esfera: 10 - Orçamento Fiscal. Função: 28 - Encargos Especiais. Subfunção: 844 - Serviço da Dívida Externa. Base legal da ação: Resoluções do Senado Federal nºs 82/90, 20/91, 7/92, 53/92, 98/92, 96/93; Lei nº 10.179/2001; Decretos-Leis nºs 6.019/43 e 6.410/44;”

Prova maior da imprescritibilidade dos títulos da dívida pública externa não poderia existir, não sendo aplicável em relação a eles a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública regulada pelo Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Ainda que os aludidos títulos tivessem sido atingidos pela prescrição, o que se admite apenas para fins de argumentação, o comportamento do governo brasileiro exteriorizando atos incompatíveis com a prescrição teria importado em renúncia tácita dessa prescrição, consoante regra do art. 191 do Código Civil, in verbis:

“Art. 161 A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição

se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”

Não há, pois, que se falar em prescrição dos títulos regulados pelo Decreto-lei nº 6.019/43, objeto de consulta.

3. CESSÃO DOS TÍTULOS E SEU APROVEITAMENTO PARA COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA

Os títulos da dívida pública externa ou interna, a exemplo dos demais títulos de crédito, são passíveis de cessão, do contrário impossibilitaria sua negociação no mercado.

Quanto à compensação com tributos, a matéria demanda exame acurado e detido do ordenamento jurídico global.

A primeira compensação para quitar a dívida tributária veio com o advento da Emenda Constitucional nº 30/2000, que inseriu o art. 78 ao ADCT prescrevendo em seu § 2º o poder liberatório das parcelas dos precatórios não adimplidas, para pagamento de tributos da entidade devedora.

Logo, a doutrina e a jurisprudência batizaram essa forma de extinção da obrigação tributária por dação de precatório em pagamento, de compensação tributária mediante utilização de precatórios.

Depois, a jurisprudência do STF chegou a admitir essa compensação em relação a precatórios de natureza alimentar não incluídos na moratória da EC nº 30/00, conforme decisão monocrática proferida pelo Min. Eros Grau no RE nº 550.400-RS, Dj de 18-9-2007. O feito restou prejudicado com o advento da 3ª moratória dos precatórios que se deu com a promulgação da EC nº 62/2009 a qual convalidou as compensações consumadas e regulou a compensação dos precatórios com tributos, por iniciativa da Fazenda devedora, conforme § 9º acrescido ao art. 100 da CF. Esse parágrafo foi declarado constitucional, como de resto decretada a constitucionalidade do regime de pagamento instituído pela EC nº 62/2009 nos autos da ADI nºs 4357 e 4425.

Contudo, a Corte Suprema procedeu a modulação de efeitos para:

“1) dar sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios por 5 (cinco) exercícios a contar de 1º de janeiro de 2016;

[...]

5) delegar a competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline: (I) ...; (II) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25-3-2015, por opção do credor do precatório”.

O CNJ vem se omitindo na atribuição de resolver o problema dos precatórios ditos “impagáveis” por falta de vontade política, quando a sua ação positiva poderia reduzir em mais de 80% as demandas judiciais de natureza tributária que vêm emperrando o judiciário.

A compensação tributária no nível infraconstitucional tem previsão no art. 170 do CTN, nos seguintes termos:

“A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”

Como se verifica, o art. 170 do CTN não é autoaplicável. A compensação sempre depende da lei da entidade política competente.

E a Lei nº 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, previu a compensação dos títulos da dívida pública com tributos, só que de forma restritiva, escolhendo aleatoriamente os títulos que poderiam ser compensados, conforme art. 6º in verbis:

“Art. 6º A partir de seu vencimento, os títulos da dívida pública referidos no art. 2º⁵² terão poder liberatório para pagamento de qualquer tributo federal, de responsabilidade de seus titulares ou de terceiros, pelo seu valor de resgate”.

52 “Art. 2º Os títulos de que trata o caput do art. anterior terão as seguintes denominações:
I – Leras do Tesouro Nacional - LTN, emitidas preferencialmente para financiamento de curto e médio prazo;
II – Letras Financeiras do Tesouro – LFT, emitidas preferencialmente de curto e médio prazo;
III – Notas do Tesouro Nacional – NTN, emitidas preferencialmente para financiamentos de médio e longo prazo.

Parágrafo único. Além dos títulos referidos neste artigo, poderão ser emitidos certificados, qualificados no ato da emissão, preferencialmente para operações com finalidades específicas definidas em lei”.

A interpretação literal do art. 6º da Lei c.c o art. 2º conduz à conclusão de que apenas as LTN, LFT e NTN podem ser compensadas.

Entretanto, o art. 6º deve ser interpretado de forma sistemática, considerando a ordem jurídica global, principalmente, os princípios da razoabilidade e da isonomia.

Essa Lei de nº 10.179/2001 deve, em primeiro lugar, ser entendida à luz do princípio da razoabilidade que é um limite imposto à ação do próprio legislador.

O art. 2º da Lei faz alusão a títulos “de que trata o caput do artigo anterior”.

Logo, precisamos examinar o caput do art. 1º. Esse artigo autoriza o Poder Executivo a emitir títulos da dívida pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, com a finalidade de:

I – prover o Tesouro Nacional de recursos....

...

III – troca por Bônus da Dívida Externa Brasileira, de emissão do Tesouro Nacional, que foram objeto de permuta por dívida externa do setor público, registrada no Banco Central do Brasil, por meio do “BrazilInvestment Bonde Exchange Agreement”, de 22 de setembro de 1988;

IV – troca por títulos emitidos em decorrência de reestruturação de dívida externa brasileira, exclusive critério do Ministro da Fazenda (Revogado pela Lei nº 13.043/2014):

...

VII – permuta por títulos de responsabilidade do Tesouro Nacional ou por créditos decorrentes de securitização de obrigações da União, ambos na forma escritural, observada a equivalência econômica;

VIII – pagamento de dívidas assumidas ou reconhecidas pela União, a critério do Ministro de Estado da Fazenda.

Da interpretação conjugada dos textos legais citados, de duas uma:

(a) os títulos cujos resgates foram definidos pelo Decreto-lei nº 6.019/43 (empréstimos em libras e dólares pelos governos da União, Estados, Municípios e Instituto do Café-SP) estão abrangidos pela compensação a que se refere o art. 6º, ou

(b) Os títulos vinculados ao Decreto-lei nº 6.019/43 não podem ser compensados com títulos federais, porque não abrangidos pelo art. 6º.

Na hipótese “a” não há questão a ser dirimida. Mas, na hipótese “b” há ofensa a princípios constitucionais e legais.

Realmente, incluir alguns títulos e excluir outros mais antigos, como os regulados pelo Decreto-lei nº 6.019/43, afronta o princípio da razoabilidade e o princípio da isonomia, conferindo privilégios a uns e, excluindo outros que se encontram em situações iguais (todos são credores ante o Tesouro Nacional).

Tanto viola o art. 5º da CF dispensar tratamento igual aos desiguais, como adotar tratamento diferenciado entre os iguais.

Outrossim, a exclusão de uns e a inclusão de outros amparado na expressão “a critério do Ministro de Estado da Fazenda” fere, às escâncaras, os princípios da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade, expressos no caput do art. 37 da CF.

Aliás, o princípio da impessoalidade, que proíbe a designação de casos e pessoas, decorre do princípio maior da moralidade pública.

Finalmente, efetuar o pagamento mediante compensação de tributos com os títulos mais recentes, em prejuízo de títulos mais antigos, inverte a lógica e ofende, às escâncaras, os princípios constitucionais retrorreferidos.

O princípio da moralidade, de tão importante, é referido duplamente na Constituição Federal. No art. 37, que cuida das disposições aplicáveis à Administração Pública, e no art. 5º, inciso LXXIII, que legitima o cidadão a impetrar ação popular em casos lesivos à moralidade administrativa. O enriquecimento ilícito do Estado é uma imoralidade não permitida pelo nosso ordenamento jurídico. E aqui cabe uma reprodução do que já escrevemos:

“O protecionismo ou a perseguição política são práticas imorais que geralmente se dão sob o manto da legalidade. Na mesma linha, é imoral deixar de pagar o que é devido, ou procrastinar o pagamento, deixando a dívida para a próxima gestão, assim como insistir em teses vencidas, ajuizando ou contestando ações ao arreio da jurisprudência. Há administradores que protelam suas decisões indefinidamente, não tendo escrúpulos em recomendar aos administrados

que recorram à Justiça” (Cf. nosso Dicionário de direito público. São Paulo: MP Editora, 2. Edição, 2005, p. 264-265).

Sobre o outro princípio, o da razoabilidade, assim nos manifestamos:

“A razoabilidade, como princípio do Direito Administrativo, condiciona o exercício do poder discricionário da Administração, de forma a coibir a arbitrariedade, pelo excesso ou falta de proporção entre o ato e a finalidade a que se destina. Um ato, mesmo observando os requisitos legais pra a sua formação, pode recair na ilegalidade se não for razoável, exorbitando do poder discricionário. Assim, embora sob a capa da legalidade, resultam ilegais, v.g., os atos que aplicam penalidades desproporcionais às infrações cometidas ou aqueles que destinam recursos superiores aos exigidos por determinado empreendimento (...) Não raro, a exorbitância desse poder leva ao abuso de poder ou desvio de finalidade, a suscitar prontamente a atuação do Judiciário. Quando não, o excesso decorrerá da falta de critérios razoáveis, a traduzir um ato desproporcional, que contraria o bom-senso ou o senso comum pelos quais deve se pautar a conduta da Administração” (Cf. nossa ob. cit., p. 318).

Esses dois princípios, o da moralidade e o da razoabilidade, norteiam, não apenas a conduta dos administradores, como também a própria atividade legislativa do Estado, representando um verdadeiro limite aos legisladores. Estes não podem aprovar leis que firam a moralidade pública, como por exemplo, legislando em causa própria. Nem podem aprovar leis que beneficiam, por exemplo, aqueles que praticam determinados atos de forma irregular, enquanto penalizam outros que praticam os mesmos atos, porém de forma regular.

Assim, fere a ordem jurídica positiva efetuar o pagamento de títulos recentes deixando de honrar os compromissos assumidos na Praça de Londres e que vêm sendo postergados até hoje, apesar do advento do Decreto-lei nº 6.019/43 editado por pressão de órgãos internacionais.

Outros fatores contribuem para fortalecer a tese da compensação. A Portaria SRF nº 913, de 25 de julho de 2002, inclui a Secretaria do Tesouro Nacional – STN – na Rede Arrecadadora de Receitas Federais – Rarf, nos termos do art. 1º assim prescrito:

“Art.1º O pagamento de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (SRF) e das demais receitas federais recolhidas em Documento de Arrecadação de Receitas Federais

(Darf) poderá ser efetuado por intermédio da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que passa a integrar a Rede Arrecadadora de Receitas Federais (Rarf) sob o Código Nacional de Compensação 009.

Parágrafo único. A STN está apta a prestar serviços de arrecadação de que trata a Portaria SRF nº 2.609, de 20 de setembro de 2001, nos casos de pagamento de receitas federais com:

I – recursos integrantes da Conta Única do Tesouro Nacional por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi);

II – transferência de recursos para a Conta Única do Tesouro Nacional por meio do Sistema de Pagamentos Brasileiros (SPB)”.

Como visto no item 2 deste parecer, a Secretaria do Tesouro Nacional, criada pelo Decreto nº 92.452/86, é órgão incumbido da administração financeira, da contabilidade federal e por meio da Coordenação Geral de Controle da Dívida Pública – CODIV – exerce as atividades de emissão e implementação de operações com títulos da dívida pública da União a fim de:

a) controlar as responsabilidades assumidas pelo Tesouro Nacional decorrentes de contratos de empréstimos para assegurar o pagamento desses compromissos nas datas dos vencimentos;

b) autorizar os pagamentos para solução dos compromissos financeiros assumidos pelo Tesouro Nacional e não honrados pelos devedores.

Além das atribuições previstas no Decreto nº 90.452/86, a STN passou a ser órgão arrecadador de tributos da União integrando a Rarf, por força da já citada Portaria SRF nº 913/2002. Dessa forma, a STN passou a exercer dupla função: (a) a de órgão arrecadador de tributos; e (b) a de órgão pagador das dívidas da União apta, portanto, a operar a compensação tributária para extinguir as dívidas da União.

Para tanto, a Secretaria do Tesouro Nacional editou a Portaria nº 616, de 20 de dezembro de 2000, promovendo subdelegações para autorizar pagamentos dos títulos da dívida pública referidos no Decreto-lei nº 6.019/2000, nos seguintes termos:

“O Secretário do Tesouro Nacional, tendo em vista a disposto no inciso II da Portaria GM/MF Nº 428 de 27 de novembro de 2000, resolve:

Art. 1º Subdelegar competência a ANTÔNIO DE PÁDUA FERREIRA PASSOS, Coordenador-Geral de Assuntos Externos; ADRIANO

PEREIRA DE PAULA, Coordenador, ARTUR CLÉBER ASSUNÇÃO DO VALE, Assistente, e PRISCILA DE SOUZA CAVALCANTE DE CASTRO, Auxiliar, para:

I – autorizar transferências para pagamentos relativos aos empréstimos externos contraídos nos termos do Decreto-lei nº 6.019/43, bem assim dos respectivos serviços;

II – administrar os saldos bancários decorrentes das operações de crédito externo de que trata o Decreto-lei nº 6.019/43, podendo determinar a abertura e o encerramento de contas e efetuar saques, depósitos e ordens de pagamentos;

III – negociar junto aos agentes pagadores, aplicações e reaplicações financeiras”;

Uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico envolvendo princípios constitucionais, leis ordinárias, Decreto-lei, Decretos, Portarias, Pareceres da PGFN e da STN conduz, seguramente, à possibilidade de compensação dos títulos referidos no Decreto-lei nº 6.019/43, objeto de consulta, com os tributos federais, de conformidade com o art. 170 do CTN, combinado com a Lei nº 10.179/01.

Outro não foi o objetivo quando se conferiu à STN, órgão encarregado do controle e pagamento dos títulos públicos, dentre os quais, aqueles referidos no Decreto-lei nº 6.019/43, o poder de arrecadar tributos federais integrando a Rarf. Concentrou-se na STN o poder de compensar os tributos federais com títulos da dívida pública, restando à SRF a competência para promover as demais compensações entre tributos de competência impositiva da União.

4. RESPOSTAS AOS QUESITOS

1 - Os Títulos da Dívida Externa Brasileira, emitidos em libras esterlinas, comercializados na praça de Londres, foram alcançados pela prescrição?

R: Conforme abordado no item 2 deste parecer são as próprias autoridades brasileiras competentes que firmam posição no sentido de validade e perpetuidade dos contratos de empréstimos firmados no exterior, especificamente aqueles previstos no Decreto-lei nº 6.019/43, objeto de consulta. Assim, aqueles títulos não foram alcançados pela prescrição, e se tivesse

ocorrido a prescrição teria havido renúncia a essa suposta prescrição, por força do disposto no art. 161 do Código Civil.

2 - Uma vez reconhecida a perpetuidade da validade destes títulos é possível sofrer modificação tal entendimento? Por quê?

R: O reconhecimento do caráter de perpetuidade desses títulos pelas autoridades brasileiras não são passíveis de alteração.

Aludidos contratos foram celebrados segundo o disposto no direito estrangeiro, fazendo incidir normas de direito internacional que obrigam as partes contratantes de tratados ou convenções internacionais de natureza multilateral incorporar no respectivo ordenamento jurídico interno as normas convencionais.

3- Em caso negativo, estando os mesmos ainda válidos e representando crédito financeiro em desfavor da União Federal, são passíveis de ter o seu valor nominal devidamente corrigido, aplicando-se a cláusula ouro e os juros contratuais?

R: Os títulos da dívida pública externa devem ser resgatados pelos valores da moeda estrangeira convertidos em moeda nacional por seus valores equivalentes, acrescidos de juros contratuais. A cláusula ouro acha-se revogada desde o advento do Decreto nº 23.501 de 27-11-1933.

4 - O pedido de resgate de tais títulos deve se dar exclusivamente no exterior?

R: Não. A partir do fechamento da Delegacia do Tesouro Nacional em Nova York as atribuições daquele órgão foram transferidas para o Ministério da Fazenda. A Secretaria do Tesouro Nacional – STN – passou a ser o órgão responsável pelo controle da dívida externa e por meio da Coordenação Geral de Controle da Dívida Pública – CODIV – passou a exercer as atividades de emissão e implementação de operações com títulos da dívida pública, controlando as responsabilidades assumidas pelo Tesouro Nacional e autorizando os pagamentos para solução dos compromissos financeiros de responsabilidade do Tesouro Nacional e não honrados pelos devedores.

Por meio da Portaria nº 616, de 20 de dezembro de 2000, a Secretaria do Tesouro Nacional subdelegou a competência aos agentes aí referidos para autorizar transferências para pagamentos relativos aos empréstimos externos contraídos nos termos do Decreto-lei nº 6.019/43; administrar os saldos bancários decorrentes das operações de crédito externo de que trata o Decreto-lei nº 6.019/43; e negociar junto aos agentes pagadores, aplicações e reaplicações financeiras.

5 - O crédito financeiro deles decorrente pode ser utilizado para extinção de obrigação tributária?

R: Sim, conforme demonstrado no tópico 4 deste parecer.

6 - Partindo-se da premissa da existência de crédito financeiro válido, líquido e certo, pergunta-se:

6.1 - Os Detentores do crédito podem cedê-los a terceiros?

R: Sim. A cessão é da natureza do crédito representado por títulos da dívida pública externa ou interna.

6.2 - Com base na Portaria 913/2002 pode-se afirmar que o crédito financeiro devidamente alocado na Secretaria do Tesouro Nacional pode ser utilizado para extinção de obrigação tributária?

R: Sim, conforme demonstrado no tópico 4 deste parecer.

6.3 - Sendo a DCTF uma obrigação tributária acessória quais as implicações legais na hipótese de não ser ela entregue com os valores devidos? Lembrando que as demais obrigações tributárias foram entregues com as informações corretas.

R: Desde que não há no sistema eletrônico de informações fiscais campo próprio para inserir qualquer tipo de observação ou justificativa, as consequências da não inserção dos valores nas DCTFs depende do exame de cada caso concreto. Se os valores não apontados nas DCTFs estiverem sendo objetos de compensação essa circunstância pode ser levada ao conhecimento da SRF por meio de uma carta ou ofício. Poderá, também,

aguardar a iniciativa do fisco, ocasião em que o contribuinte apresentará as suas razões.

6.4 - Sabendo que, além das obrigações tributárias acessórias e principais, com exceção da DCTF, foram prestadas as informações dos fatos geradores junto à Secretaria do Tesouro Nacional e à RFB, através de informes alocados em Processos Administrativos, é possível afirmar que foi cometido algum ilícito tributário? Por quê?

R: Não, conforme resposta dada ao quesito anterior.

É o nosso parecer.

Kiyoshi Harada
OAB/SP 20.317

Marcelo Kiyoshi Harada
OAB/SP

VIII

DO NOVO REGIME DO CRÉDITO AO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA: POR UM CONTRATO PRENHE DE CAUTELAS

THE NEW CONSUMER CREDIT REGIME ON EUROPEAN UNION: FOR A CAREFUL CONTRACT

*Mário Frota*⁵³

Resumo: A significativa evolução dos meios de financiamento tornou relativamente obsoleto o regime veiculado pela Directiva do Crédito ao Consumo de 2008. Daí que o legislador europeu haja encetado diligências em ordem a adequar o regime às circunstâncias em que hodiernamente se processa a concessão de crédito aos consumidores. Alargou o âmbito, ampliou cautelas, reforçou direitos, impôs obstáculos a que o crédito selvagem subsistisse, antes propugnou de modo substancial as vias para consecução de um crédito responsável, mediante uma publicidade temperada de informação objectiva e rigorosa, a entronização de informações gerais, o reforço das informações preliminares, as vias para uma criteriosa avaliação da solvabilidade dos consumidores, as menções obrigatórias nos contratos, a extensão do direito de retractação e os mais meios de tutela da posição jurídica do mutuário com os correlatos deveres impostos aos dadores e intermediários de crédito. É do que de mais relevante se estabeleceu neste particular que se dá nota neste breve artigo.

Palavras- chave: Crédito ao consumo - contrato de crédito ao consumo - publicidade - informação normalizada - informações gerais - resolução extrajudicial de litígios

Abstract: Significant developments in financingmethodshaverended the regime set out in the 2008 Consumer Credit Directive relatively obsolete.

53. Antigo Docente das Universidades de Lisboa, Coimbra, Porto (Livre), Paris Est (Paris XII) e Escola Superior do M.P. do Estado do Pará; Fundador e primeiro presidente da AIDC / IACL - Associação Internacional de Direito do Consumo; Fundador e presidente emérito da apDC - Direito do Consumo, Portugal.

The European legislator has therefore taken steps to adapt the regime to the circumstances in which consumer credit is currently granted. It has broadened the scope, increased safeguards, strengthened rights, imposed obstacles to the continuation of unregulated credit, and substantially promoted ways of achieving responsible credit through temperate advertising with objective and accurate information, the establishment of general information, the reinforcement of preliminary information, ways to carefully assess consumer creditworthiness, mandatory information in contracts, the extension of the right of withdrawal, and other means of protecting the legal position of borrowers with the corresponding duties imposed on lenders and credit intermediaries. This brief article highlights the most relevant aspects of what has been established in this regard.

Keywords: Consumer credit - consumer credit agreement - advertising - standardised information - general information - out-of-court dispute resolution.

Sumário: I. Preliminares. 1. Do crédito selvagem ao crédito responsável. 2. Os tópicos essenciais da Directiva de 2008. 3. As linhas mestras da Directiva de 2023. II. Contrato de crédito ao consumidor. 1. Noção: elementos essenciais. 2. Âmbito. 3. Exclusões. III. Aspectos contrastivos com o regime anterior. 1. Preliminares negociais. 2. A avaliação da solvabilidade dos aspirantes ao crédito. 3. Período de ponderação ou reflexão. Bibliografia.

I

PRELIMINARES

1. Do crédito selvagem ao crédito responsável

O panorama emergente da concessão de crédito ao consumidor na Europa era francamente desolador.

Os procedimentos que lhe quadravam eram dominados pela forma selvagem como se processava, dos preliminares negociais à outorga do contrato.

Daí que o legislador europeu obtemperasse na abordagem a tão magnifico problema: “Os Estados-Membros deverão tomar as medidas adequadas

para incentivar práticas responsáveis em todas as fases da relação de crédito, tendo em conta as especificidades do seu mercado de crédito.”

De entre tais medidas, especial alusão a dois dos vectores fundamentais na dicotomia convencional, a saber, promoção dos interesses / protecção dos direitos do consumidor.

E no quadro da promoção, óbvio realce para a formação e informação.

Patente a manifesta ausência de literacia neste particular, na exacta medida da ruinosa faléncia da educação para o consumo que os textos internacionais proclamavam como fundamentais, como as Constituições e as leis ordinárias dos diferentes Estados cinzelavam de modo pétreo.

E prosseguia, nos seus consideranda, na Directiva de 2008, qual marco num mundo em profunda crise, “num mercado de crédito em expansão, é especialmente importante que os mutuantes não concedam empréstimos de modo irresponsável ou não concedam crédito sem uma prévia verificação da solvabilidade e que os Estados-Membros efectuem a supervisão necessária para evitar tal comportamento e determinem as sanções necessárias para punir os mutuantes que adoptem tal comportamento: ... os mutuantes deverão ser responsáveis por verificar, individualmente, a solvabilidade do consumidor.

As autoridades dos Estados-Membros poderão também dar instruções e orientações adequadas aos mutuantes.

Os consumidores deverão agir com prudência e respeitar as suas obrigações contratuais.”

A tónica, neste volver de olhos sobre realidade tão pungente, curial seria assentasse na publicidade, na informação pré-contratual e numa exaustiva informação contratual.

Peculiar protecção contra práticas desleais, na enganosidade que as enformam, mormente na divulgação de informação menos fidedigna e fundada de molde a ludibriar o consumidor, nomeadamente no que tange ao custo total do crédito, como sucedia amiúde...

A directiva previu disposições específicas em matéria de publicidade, nela enxertando informações normalizadas para que os consumidores possam comparar diferentes ofertas: informações a carrear de modo claro, conciso e visível por meio de exemplo representativo.

Informação pré-contratual robusta: indispensável que o consumidor se munha de exaustiva informação em momento anterior ao da celebração do contrato, ainda que nesse passo do percurso se perfilte um qualquer intermediário de crédito.

Completude na informação contratual, séria, rigorosa, objectiva e adequada por forma a garantir a maior transparência possível e a permitir a comparabilidade das ofertas. Donde, incluírem, nomeadamente, a taxa anual de encargos efectiva global aplicável ao crédito e determinada uniformemente no Espaço Económico Europeu. E corresponderá, v.g., à duração média e ao montante do crédito concedido para o tipo de contrato em causa e, se aplicável, aos bens adquiridos.

Para o exemplo representativo, mister seria se considerasse a frequência de certos tipos de contrato num dado mercado financeiro. Já no que à taxa devedora, à periodicidade das prestações e à capitalização dos juros se reporta, os dadores de crédito deverão recorrer ao método convencional para o cálculo do crédito em perspectiva.

Relevante seria se abandonasse os procedimentos de pretérito, prenunciadores de um crédito selvagem, e se enveredasse por métodos transparentes para que as negociações se fundassem em princípios e valores como os da veracidade, da lealdade e da autenticidade, em suma, os da boa-fé.

2. Os tópicos essenciais da Directiva de 2008

A Directiva “Crédito ao Consumo” de 2008 inova ao estabelecer um sem-número de regras cruciais:

- i. Informações normalizadas a incluir na publicidade
- ii. Um extenso rol de Informações pré-contratuais
- iii. Um outro com Informações pré-contratuais para outras categorias de crédito sob a forma de facilidades de descoberto e com especificidades outras
- iv. A relevante obrigação de avaliação da solvabilidade do consumidor
- v. O clausulado a inserir (as menções obrigatórias) nos contratos de crédito propriamente ditos
- vi. A informação sobre a taxa devedora

- vii. As obrigações no âmbito dos contratos de crédito sob a forma de facilidade de descoberto
- viii. Os contratos de crédito por período indeterminado
- ix. O denimiunado ‘direito de retractação’
- x. Os contratos de crédito ligados
- xi. O reembolso antecipado
- xii. A cessão dos direitos
- xiii. A ultrapassagem de crédito
- xiv. Um capítulo reservado de modo exaustivo à TAEG - taxa anual de encargos efectiva global
- xv. Regras que disciplinam a actuação de mutuantes e intermediários de crédito

3. Os tópicos essenciais da Directiva de 2023

Para além da informação padronizada na publicidade e das informações pré-contratuais bem nutridas, a Directiva “Crédito ao Consumidor” de 2023 aporta ainda informações gerais susceptíveis de serem facultadas em permanência pelos mutuantes ou pelos intermediários de crédito de modo claro e compreensível sobre os contratos de crédito, ao menos, em papel ou noutro suporte duradouro por opção do consumidor.

Ademais, cumpre ainda prestar assistência adequada aos consumidores a fim de serem descodificados os termos e as condições dos contratos, impondo-se que prestem prestem explicações adequadas ao consumidor sobre os contratos e os serviços acessórios propostos.

O objectivo é óbvio: o de que permitam ao consumidor avaliar se os contratos de crédito e os serviços acessórios propostos se adaptam às suas necessidades e situação financeira.

Tais explicações têm de ser gratuitas e em momento anterior à celebração do contrato de crédito.

A Directiva explana o teor das explicações.

Há um extenso capítulo consagrado às vendas associadas obrigatórias e facultativas, ao consentimento presumido, aos serviços de consultoria e à concessão de crédito não solicitado.

Aliás, no que tange ao derradeiro dos pontos enunciados, na esteira do que se estatuirá em 2002 pela Directiva dos Serviços Financeiros à Distância (2002/65/CE, de 23 de Setembro de 2002, do Parlamento Europeu e do Conselho), a proibição inconcussa da proibição de crédito não solicitado.

Um extenso regime cautelar no que tange à avaliação da solvabilidade do consumidor, com expressa proibição da discriminação e os padrões-obscuros susceptíveis de ‘propiciar’ segregações a partir de estereótipos algorítmicos, já que a evolução dos sistemas de Inteligência Artificial encontra neste domínio um campo de eleição exactamente neste particular.

Para além da disciplina da forma e do conteúdo dos contratos de crédito, um capítulo reservado às modificações do conteúdo dos contratos de crédito e da taxa devedora e um outro à ultrapassagem do crédito e aos contratos com facilidades a descoberto.

Umainda mais inovador capítulo consignado ao direito de retração que, com impropriedade embora, em nosso entender, se denomina agora de “livre revogação”, mas que abrange também normas atinentes à resolução do contrato e ao reembolso antecipado.

De análogo modo, tendo por modelo a directiva anterior, um capítulo alusivo à taxa anual de encargos efectiva global e, a seguir, um outro dispõe sobre regras de conduta a seguir e requisitos aplicáveis ao pessoal dos dadores e os intermediários de crédito.

Um relevantíssimo capítulo reservado a um peculiar domínio, qual seja, o da formação financeira e apoio aos consumidores com dificuldades financeiras e de serviços de aconselhamento da gestão da dívida, com a minúcia devida e as preocupações simétricas para que o financiamento dos consumidores se não transforme doravante no quebra-cabeças que tem sido em termos económicos, financeiros e sociais o excessivo endividamento dos consumidores, mercê, tantas vezes, do crédito selvagem alimentado pela displicênciado sistema e a ausência de uma intervenção enérgica das entidades de supervisão na dependência dos Bancos Centrais.

Outro dos tópicos relevantes é o da disciplina que rege neste particular a actividade de mutuantes e intermediários de crédito: admissão, registo e supervisão de instituições que não sejam instituições de crédito e de instituições que não sejam instituições de pagamento e as obrigações específicas dos intermediários de crédito.

Um capítulo mais atinente à cessão dos direitos e, com particular relevo, no que tange à regularização da litigiosidade decorrente dos sobressaltos dos contratos de crédito: “cessão dos direitos e resolução de litígios”.

E, antes do capítulo consignado às “autoridades competentes”, uma previsão normativa selectiva em ordem a uma justiça célere, eficaz e gratuita, tendencialmente gratuita ou não onerosa mediante o recurso aos meios extrajudiciais de resolução de litígios:

“Os Estados-Membros devem assegurar o acesso dos consumidores a procedimentos extrajudiciais adequados, céleres e eficazes de resolução de litígios com os mutuantes ou os intermediários de crédito no que respeita aos direitos e obrigações relacionados com os contratos de crédito previstos na presente diretiva, recorrendo, se necessário, a entidades existentes de resolução extrajudicial de litígios. Esses procedimentos de resolução extrajudicial de litígios e as entidades que os facultam devem satisfazer os requisitos de qualidade previstos na Diretiva 2013/11/UE.”

2. Os Estados-Membros devem incentivar as entidades de resolução extrajudicial de litígios a que se refere o n.º 1 a cooperarem no sentido de resolver litígios transfronteiriços relacionados com contratos de crédito.”

II

CONTRATO DE CRÉDITO AO CONSUMIDOR

1. Noção: elementos essenciais

O novo regime do Crédito ao Consumidor na União Europeia, compendiado na Directiva (UE) 2023/2225, de 18 de Outubro de 2023, emanada do Parlamento Europeu e do Conselho, introduz assinaláveis novidades.

A Directiva em epígrafe revoga, a partir de 20 de Novembro de 2026, a Directiva até então vigente e que remonta a 2008: 2008/48/UE, de 23 de Abril.

A noção dela constante segueparipassua anterior:

“«Contrato de crédito», o contrato por meio do qual um mutuante concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de

- pagamento diferido,

- empréstimo ou
- qualquer outro acordo financeiro similar.

Exceptuam-se: os contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de bens do mesmo tipo com carácter de continuidade, nos termos dos quais o consumidor pague esses serviços ou bens a prestações durante o período de prestação desses serviços ou fornecimento desses bens”.

Só há uma modulação in fine: em vez de “... durante o período de prestação desses serviços ou fornecimento de bens” a expressão grafada é distinta, sem interferir na noção, a saber, “durante o período de validade dos referidos contratos”.

A noção, porém, a nossos olhos, é susceptível de recobrir não só os contratos de crédito como os contratos-promessa de crédito, o que mal quadra a uma noção unívoca do instituto.

Como elementos essenciais do contrato, figuram

- A obrigação de concessão ou a promessa de concessão de um montante sob forma de pagamento diferido, empréstimo, ou qualquer outro acordo financeiro similar
- O prazo de duração do contrato
- O reembolso do montante concedido.

A concessão ou promessa de concessão: expressão com potencialidades para abranger, como se indicou, a figura do contrato promessa de crédito; donde, de menor rigor o conceito enunciado.

O prazo de duração do contrato, em si variável, de menor ou maior extensão e com reflexos no denominado custo total do crédito.

Os custos que impendem sobre o consumidor-mutuário revestirão distintas modalidades:

- i. A taxa devedora disponível, de sua natureza fixa, variável ou através de uma fórmula em que se partilhem, com uma breve descrição das características da taxa fixa e da taxa variável, incluindo as respetivas implicações para o consumidor;
- ii. O montante total do crédito;
- iii. O do custo total do crédito para o consumidor;

- iv. O do montante total imputado ao consumidor e
- v. O da taxa anual de encargos efetiva global;
- vi. Eventuais custos adicionais, não incluídos no custo total do crédito para o consumidor e que hajam de ser pagos no âmbito do contrato de crédito.

Aliás, no domínio das informações pré-contratuais, no decurso dos preliminares negociais, avulta exactamente todo esse quadro:

- A taxa devedora, ou todas as taxas devedoras caso sejam aplicadas diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias;
- A taxa anual de encargos efetiva global e o montante total imputado ao consumidor;

No caso de um crédito sob a forma de pagamento diferido para bens ou serviços específicos e no caso de contratos de crédito ligados, os bens ou serviços específicos, bem como o respetivo preço a pronto;

- Os custos em caso de mora no pagamento, isto é, a taxa de juro aplicável em caso de mora no pagamento, bem como as regras para a respetiva adaptação e, se for caso disso, os custos devidos em caso de incumprimento;
- O montante, o número e a periodicidade dos pagamentos a efectuar pelo consumidor e, se for caso disso, a ordem pela qual os pagamentos devem ser imputados aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas devedoras diferenciadas para efeitos de reembolso.

Para além de minuciosas regras no que tange às facilidades a descoberto e à ultrapassagem do crédito que o dispositivo com rigor encerra.

O reembolso e suas especificidades: com a previsão do reembolso antecipado e das circunstâncias da sua admissibilidade e consequências: com a redução do custo total do crédito para o consumidor relativamente ao período remanescente do contrato.

E especificações no cálculo de um tal redução, em que devem ser tidos em conta todos os custos imputados ao consumidor pelo dador de crédito.

Sem que, como se previne no instrumento em análise, o dador de crédito deixe de perceber uma indemnização justa e objectivamente justificada por eventuais custos diretamente relacionados com o reembolso

antecipado quanto ocorra em período em que a taxa devedora aplicável seja a fixa.

Eis, pois, de modo genérico, os elementos essenciais do contrato de crédito

2. Âmbito

Nos seus consideranda, previne a Directiva em fase de transposição que os contratos de crédito fora do âmbito de aplicação da Directiva Crédito ao Consumidor de 2008 podem ter-se como prejudiciais aos consumidores se não forem regulados.

Dentre esses, os contratos de crédito de curto prazo e a custos elevados (há notícia de juros usurários susceptíveis de atingir os 4 500% / ano) cujo montante é normalmente inferior ao limiar mínimo de € 200 nela estabelecido.

Com o objectivo de assegurar um elevado nível de tutela dos consumidores e propiciar o acesso ao mercado transfronteiriço do crédito, a Directiva em apreciação deverá abranger alguns contratos excluídos anterior, como os de montante inferior a € 200, no passo precedente enunciados.

Outros produtos prejudiciais devido aos elevados custos a eles inerentes ou aos excessivos encargos que sobre si pesam em caso de mora figuram na directiva, a fim de assegurar uma maior transparência e uma mais adequada tutela dos consumidores, reforçando destarte a sua confiança.

Donde, não deverem ser excluídos, como se assume, do seu âmbito de aplicação:

- os contratos de aluguer ou de locação financeira com opção de compra,
- os contratos de crédito sob a forma de facilidade de descoberto com reembolso no lapso de um mês,
- os contratos de crédito sem juros nem quaisquer outros encargos, bem como
- os contratos de crédito com reembolso em três meses com encargos insignificantes,

Todavia, os Estados-Membros deverão poder deixar de aplicar in casu um número definido e restrito de disposições atinentes à (s)

- publicidade
- informações pré-contratuais e
- informações contratuais, a fim de evitar encargos desnecessários aos dadores de crédito ante as especificidades do mercado e as características peculiares que exornam os contratos, como a sua «duração» mais curta, assegurando simultaneamente um mais elevado nível de tutela da posição jurídica dos consumidores.

Recorte-se, então, o perfil dos contratos submetidos ao normativo de 2023:

- Contratos de crédito de pequeno montante (inferior a € 200)
- Contratos de crédito sem juros nem quaisquer outros encargos, designados como créditos "Compre Agora... Pague Depois [Buy-NowPay-Later (BNPL)]⁵⁴;
- Contratos de crédito de montante superior a € 100 000 [não garantidos por hipoteca ou garantia equivalente, nem por outro direito sobre imóveis] para obras em imóveis de habitação;
- Serviços de crédito ao consumidor concedidos por plataformas de crowdfunding;
- Contratos sob forma de ultrapassagem de crédito (com restrições, porém, no que tange às disposições aplicáveis, que a directiva enumera estritamente).

Os Estados-Membros podem isentar do regime da directiva os contratos de crédito sob a forma de cartões de débito diferido⁵⁵, cujo figurino seja o da:

54. Realce para as soluções «compre agora, pague depois» (BNPL), em que o dador de crédito o concede exclusivamente para aquisição de bens ou serviços e se configuram como novos instrumentos financeiros digitais que permitem aceder a tais utilidades, solvendo-as ao longo do tempo, “sem juros” nem quaisquer “outros encargos”.

55. “Cartões de débito diferido são cartões de crédito comumente disponíveis no mercado, em que o montante total das operações é debitado na conta do titular do cartão numa data específica previamente acordada, habitualmente uma vez por mês, sem dar lugar ao pagamento de juros”.

Exclusões: certos pagamentos diferidos, em que o fornecedor dê tempo ao consumidor para pagar um bem ou serviço sem juros e sem os demais encargos, com exceção de diminutos valores por mora no pagamento impostos pelo direito nacional, desde que nenhum terceiro, como nas soluções «compre agora, pague depois», disponibilize crédito pelo bem ou serviço e que o pagamento deva ser inteiramente efectuado em limitado lapso de 50 dias a contar do fornecimento do bem ou serviço. Com efeito, tais pagamentos diferidos são práticas comerciais comumente utilizadas para permitir que os consumidores paguem apenas após a recepção dos bens ou a prestação dos serviços.

O que é, a todos os títulos, benéfico para os consumidores, por exemplo, no caso do pagamento diferido

- Emissão por instituição de crédito ou de pagamento;
- Com reembolso em 40 dias; e
- Sem juros e apenas com encargos diminutos decorrentes da prestação do serviço de pagamento.

Aos estados-membros se confere a faculdade de aplicar parcialmente o regime da directiva sob exame e

Contratos de crédito oferecidos por organização cuja composição se restrinja a pessoas que residam ou trabalhem em local específico ou a trabalhadores, inclusivé aposentados, de determinado empregador, ou a quem preencha condições outras previstas no direito nacional susceptíveis de propiciar um elo comum entre os seus membros, com observância dos requisitos que seguem:

- Criada em benefício mútuo dos seus membros;
 - Sem animus lucrandiem prol de terceiros, que não dos seus membros;
 - Corresponda a um objectivo social antevisto pelo direito nacional;
- Receba e gira exclusivamente as poupanças dos seus membros e lhes proporcione unicamente o acesso a tais fontes de crédito;
- Proporcione crédito com base em TAEG inferior à do mercado ou circunscrita a limite máximo prescrito pelo direito nacional.

Neste particular se permite a isenção do regime da directiva aos contratos de crédito enunciados quando o valor global for insignificante face ao dos contratos em circulação no Estado-Membro sede da organiza-

de facturas médicas, em que os hospitais lhes dão tempo para pagar as despesas médicas em que incorreram.

Tal exclusão deverá ser limitada para certos fornecedores de bens ou serviços em linha de grande dimensão que tenham acesso a uma grande base de clientes, desde que um terceiro não ofereça nem adquira crédito e o pagamento deva ser integralmente efetuado no prazo de 14 dias a contar da entrega dos bens ou da prestação dos serviços, sem juros e sem quaisquer outros encargos e apenas com encargos limitados imputados ao consumidor por mora no pagamento, nos termos do direito nacional.

Caso contrário, tendo em conta as suas capacidades financeiras e a sua aptidão para levar os consumidores a fazer compras impulsivas e a um potencial consumo excessivo, esses fornecedores de bens e serviços em linha - de grande dimensão - poderiam oferecer o pagamento diferido de uma forma muito ampla, sem quaisquer salvaguardas para os consumidores, enfraquecendo a concorrência leal face a outros fornecedores de bens ou serviços.

Tal restrição permitiria sempre aos consumidores efectuar os pagamentos de forma conveniente no prazo de duas semanas, assegurando simultaneamente que se os fornecedores de bens ou serviços em linha - de grande dimensão - pretenderem conceder créditos em grande escala com um prazo mais longo, se sujeitem à disciplina da directiva em apreciação.

ção: e o valor dos contratos de todas as organizações desse tipo no aludido Estado-Membro for inferior a 1 % do montante global dos contratos aí celebrados.

Incumbe aos Estados-Membros verificar ano após ano se se acham preenchidas as condições da isenção.

Em caso negativo, adoptarão as medidas adequadas à sua revogação.

Os contratos de crédito (pagamento diferido ou de métodos de reembolso) lograrão, na discricionariedade consentida aos Estados-membros, de um regime especial se o consumidor estiver em situação de incumprimento do contrato inicial ou em risco disso, se se acharem reunidos os requisitos que segue:

- Susceptibilidade de as disposições afastarem a possibilidade de acção judicial por incumprimento do consumidor;
- Não sujeição do consumidor a condições menos favoráveis do que as do contrato de crédito inicial.

Restrições: assinale-se que os Estados-Membros determinarão in casu que apenas se apliquem as normas que versem sobre as seguintes matérias:

- publicidade e comercialização dos contratos de crédito
- informações normalizadas a incluir na publicidade de tais contratos
- Informações pré-contratuais específicas
- Acesso a bases de dados
- Forma do contrato de crédito
- Menções obrigatórias a inserir no contrato
- Alterações da taxa devedora
- Ultrapassagem de crédito
- Contratos de crédito de duração indeterminada
- Reembolso antecipado
- Cálculo da taxa anual de encargos efectiva global
- Medidas destinadas a limitar as TD, as TAEG's, ou os CTC para o consumidor
- Serviços de aconselhamento sobre gestão da dívida
- Regras de conduta a seguir na concessão de crédito aos consumidores

- Requisitos de conhecimentos e competências aplicáveis ao pessoal
- Formação financeira
- Pagamentos em atraso e medidas de reestruturação
- Admissão, registo e supervisão de instituições que não sejam instituições de crédito nem instituições de pagamento
- Obrigações específicas dos intermediários de crédito
- Resolução extrajudicial de litígios
- Autoridades competentes
- Disposições finais

Aos Estados-membros se confere também a faculdade de exclusão de determinadas normas em contratos do jaez destes:

- Contratos de crédito cujo montante global seja inferior a € 200;
- Contratos de crédito sem juros e sem quaisquer outros encargos;
- Contratos de crédito cujo reembolso se opere no prazo de três meses e com encargos insignificantes.
- Os Estados-Membros podem determinar que não se aplique a um ou mais dos contratos de crédito retromencionados:
- Informações na publicidade de contratos de crédito⁵⁶;
- Informações pré-contratuais: nº 5 do artº 10⁵⁷
- Informações pré-contratuais específicas: nº 4 do artº 11⁵⁸

56. Artº 8º

3. As informações normalizadas devem ser facilmente legíveis ou claramente audíveis, conforme o caso, adaptadas aos condicionalismos técnicos do suporte utilizado para a publicidade e especificar, de modo claro, conciso e destacado, todos os seguintes elementos:

...

d) Se for caso disso, a duração do contrato de crédito;

e) No caso de crédito sob a forma de pagamento diferido para bens ou serviços específicos, o preço a pronto e o montante de um eventual sinal;

57. 5. As informações pré-contratuais referidas no nº 1 devem especificar todos os seguintes elementos, os quais devem ser apresentados depois dos elementos enumerados no nº 3 e claramente separados dos mesmos:

a) O tipo de crédito;

b) As condições de levantamento;

c) Se forem aplicadas diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as condições de aplicação de cada taxa devedora e, quando disponíveis, os índices ou taxas de juro de referência relativos a cada taxa devedora inicial, bem como os períodos, condições ...

58. 4. As informações pré-contratuais referidas no nº 1 devem especificar todos os seguintes elementos,

- Informação a mencionar no contrato de crédito: n.º 3 do art.º 21⁵⁹

3. Exclusões

A inaplicabilidade do regime, como resulta da lei, atinge um sem número de contratos, facto que há que ter em devida conta:

- Contratos de crédito garantidos por hipoteca ou garantia equivalente sobre bens imóveis ou por outro direito relativo a imóveis;
 - Contratos de crédito tendentes a financiar a aquisição ou a manutenção de direitos de propriedade sobre terrenos ou prédios existentes ou projectados, incluindo instalações para actividades comerciais, empresariais ou profissionais;
 - Contratos de crédito de montante superior a € 100 000;
- Contratos de crédito concedido pelos dadores de trabalho a trabalhadores, no âmbito de actividade secundária, sem juros ou com TAEG's inferiores às do mercado, vedadas ao público em geral;
- Contratos de crédito celebrados com empresas de investimento ou com instituições de crédito cujo objecto seja o de autorizar um investidor a realizar uma transacção que incida sobre um ou mais dos instrumentos financeiros específicos, sempre que a empresa de investimento ou a instituição de crédito intervenha em tal transacção;
 - Contratos de crédito que resultem de uma transacção em tribunal ou perante outra autoridade pública;

os quais devem ser apresentados depois dos elementos enumerados no n.º 2 e claramente separados dos mesmos:

- a) O tipo de crédito;
 - b) Se forem aplicadas diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as condições de aplicação de cada taxa devedora, os índices ou taxas de juro de referência aplicáveis à taxa devedora inicial, os encargos aplicáveis a partir da celebração do contrato de crédito, bem como, se for caso disso, as condições em que esses encargos podem ser alterados;
 - c) Um exemplo representativo que ilustre a taxa anual de encargos efectiva global e o montante total imputado ao consumidor, fazendo referência a todos os pressupostos utilizados no cálculo dessa taxa;
59. 3. No caso de um contrato de crédito no qual os pagamentos efectuados pelo consumidor não constituam uma amortização correspondente imediata do montante total do crédito, mas sejam utilizados para reconstituir o capital nos períodos e nas condições previstas no contrato de crédito ou num contrato acessório, o contrato de crédito deve incluir, além das informações a que se refere o n.º 1, uma declaração clara e concisa de que esses contratos de crédito não prevêem uma garantia de reembolso do montante total do crédito levantado ao abrigo desse contrato de crédito, salvo se tal garantia for expressamente dada.

- Contratos de aluguer ou de locação financeira sem opção de compra no próprio contrato ou em separado;
- Pagamentos diferidos em que:
 - i) o fornecedor de bens ou serviços, sem outorga de crédito por terceiro, confere ao consumidor um dado tempo para pagamento dos bens ou serviços adquiridos;
 - ii) o preço de compra o é sem juros e outros encargos e apenas com reduzida expressão de acordo com o direito nacional, e
 - iii) o pagamento deva ser integralmente efectuado no prazo de 50 dias a contar da entrega do bem ou da prestação do serviço.

[Com excepção de MPM empresas, as mais que ofereçam serviços da sociedade da informação mediante contratos B2C, a exclusão só se opera se:

- i) o terceiro não oferecer nem adquirir o crédito,
- ii) o pagamento se efectuar integralmente em 14 dias após a entrega dos bens ou serviços, e
- iii) o preço de compra o for sem juros e outros encargos, subsistindo, porém, encargos restritos por mora no pagamento, de acordo com o direito nacional]
- Contratos de crédito atinentes ao pagamento diferido, sem encargos, de uma dívida existente;
- Contratos de crédito com um bem como garantia que delimita exclusivamente a se a responsabilidade do consumidor
- Contratos de crédito atinentes a empréstimos a um público restrito, ao abrigo de disposição legal de interesse geral, com taxas devedoras inferiores às do mercado ou sem juros ou em condições mais favoráveis que as nele oferecidas;
- Contratos de crédito subsistentes em 20 de Novembro de 2026, com ajustamentos excepcionais em dados pontos.

III

ALGUNS DOS ASPECTOS CONTRASTIVOS COM O REGIME ANTERIOR

1. Preliminares negociais

Neste particular se situam institucionalmente quer a publicidade quer a informação pré-contratual, de harmonia com os cânones tradicionais.

No que tange à publicidade, surge com efeito, em 2008, uma novidade: o entrecruzamento de informação (de uma dada informação-padrão) com a publicidade propriamente dita para a conformação da mensagem em si.

A disciplina das práticas comerciais desleais em geral aplicar-se-á sem apelo nem agravo por expressa remissão do normativo ainda vigente.

As informações normalizadas devem especificar, de modo claro, conciso e visível, por meio de um exemplo representativo:

- i. Taxa devedora, fixa ou variável ou ambas,
- ii. Montante total do crédito
- iii. Taxa Anual Efectiva Global
- iv. Duração do contrato
- v. Preço a pronto e o sinal, se for o caso, nos créditos sob forma de pagamento diferido
- vi. Montante total imputado ao consumidor e o das prestações regulares

Se obrigatória a celebração de um contrato de serviço acessório, a saber, de um seguro, e o emergente encargo não puder ser desde logo determinado, deve igualmente ser mencionada de modo claro, conciso e visível a obrigação de celebrar um contrato e bem assim a taxa anual de encargos efectiva global.

Em 2023, a Diretiva cuja transposição deveria ter ocorrido até 20 de Novembro de 2025, mas que se não observou entre nós, numa réplica de tantas situações que se registam ao arrepio das obrigações a que o Estado se adscreve, principia, neste particular, por algo de eminentemente pueril (triste sinal dos tempos em que a iliteracia assume foros de escândalo?)

“Os Estados-Membros devem exigir que a publicidade... a contratos de crédito inclua uma advertência clara e destacada que sensibilize

os consumidores para o facto de que pedir dinheiro emprestado custa dinheiro, utilizando a expressão
«Atenção! Pedir dinheiro emprestado custa dinheiro»,
ou
uma expressão equivalente.”

E, em acréscimo ao que se plasmou no precedente normativo, a determinação a que proíbam a publicidade a produtos de crédito que:

- i. Incentive os consumidores a solicitar um qualquer empréstimo ao sugerir que o crédito melhoraria a sua situação financeira;
- ii. Especifique que os contratos de crédito por liquidar ou o crédito registado em bases de dados têm pouca ou nenhuma influência na avaliação de um pedido de crédito;
- iii. Sugira falsamente que o crédito conduz a um aumento dos recursos financeiros, constitui um substituto das poupanças ou pode aumentar o nível de vida de um consumidor.

Os Estados-Membros podem ainda proibir, nomeadamente, a publicidade a produtos de crédito que:

- i. Realce a facilidade ou a rapidez com que o crédito pode ser obtido;
- ii. Estabeleça que um desconto está subordinado à contração de um crédito;
- iii. Ofereça «períodos de carência» superiores a três meses para o reembolso de prestações de crédito.

No que tange à informação pré-contratual, contradistingue-se, das de pretérito, a que ora há que ser prestada, a saber, tanto as informações gerais, ora previstas, como as que precedem a celebração do contrato, para além obviamente das menções obrigatórias que hão-de enformar o conteúdo dos contratos que se vierem a concretizar.

As informações pré-contratuais definidas no diploma anterior são de inenarrável extensão⁶⁰.

Ponto é saber se o excesso de informação não redundará em deficiência de informações.

60. Com efeito, as informações pré-contratuais são esgotantes, tal como no-las revela o artigo 5.º da Directiva n.º 2008/48/CE, com um acervo que se estende da alínea a) à alínea s) do seu n.º 1, do tipo de crédito ao período dentro do qual as informações se mantêm válidas em ordem à aceitação do clausulado do contrato de crédito cujas menções figuram no artigo 10.º e se espraiam até à alínea v)...

As que a actual Directiva prevê:

As informações apresentadas no formulário europeu de informação normalizada em matéria de crédito aos consumidores devem ser coerentes, claramente legíveis e ter em conta os condicionalismos técnicos do suporte em que se apresentam.

As informações devem ser presentes de modo adequado nos diferentes canais e ter em conta a sua interoperabilidade.

Qualquer informação adicional que o mutuante queira prestar ao consumidor deve ser claramente legível e prestada num documento separado, eventualmente anexado ao formulário europeu de informação normalizada em matéria de crédito aos consumidores.

Se se tratar de comunicações por telefonia vocal, as descrição das características principais do serviço financeiro deve, ao menos, incluir as menções que segue:

- i. Identificação do mutuante, bem como, se for o caso, do intermediário de crédito;
- ii. Montante do crédito;
- iii. Duração do contrato;
- iv. Taxa devedora ou diferentes taxas se aplicadas em função das circunstâncias;
- v. TAEG - taxa anual de encargos efetiva global e o montante global imputado ao consumidor;
- vi. Se de crédito sob a forma de pagamento diferido para bens ou serviços específicos se tratar e, no caso de contratos de crédito ligados, os bens ou serviços específicos, bem como o respectivo preço a pronto;
- vii. Custos em caso de mora, i. é, a taxa de juro aplicável, bem como as regras para a respectiva adaptação e, se for o caso, custos devidos por incumprimento;
- viii. Montante, número e periodicidade dos pagamentos a efectuar pelo consumidor e, se for o caso, a ordem pela qual os pagamentos se imputarão aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas diferenciadas para efeitos de reembolso;
- ix. Advertência relativa às consequências de mora ou não cumprimento;

- x. Existência ou inexistência do direito de [retractação] e, quando aplicável, o prazo para o exercer;
- xi. Existência do direito de reembolso antecipado e, se for o caso, informações sobre o direito do mutuante a indemnização;
- xii. Endereço geográfico, telefone e o de correio eletrónico do mutuante, bem como, se for o caso, os do intermediário de crédito.

Em tal circunstância, o mutuante e, se for o caso, intermediário de crédito devem facultar ao consumidor, em suporte duradouro e imediatamente após a celebração do contrato, o formulário europeu de informação normalizada em matéria de crédito aos consumidores.

A rogo do consumidor, o mutuante ou, se for o caso, o intermediário deve fornecer-lhe gratuitamente, além do formulário europeu de informação, cópia da minuta do contrato de crédito, em papel ou noutro suporte duradouro, desde que, no momento, o mutuante se disponha a proceder à celebração do contrato.

Se os pagamentos não constituírem amortização correspondente imediata do crédito, mas forem usados para reconstituir o capital nos períodos e nas condições previstas no contrato ou em instrumento acessório, o mutuante ou, se for o caso, o intermediário deverá incluir, nas informações pré-contratuais, declaração clara e concisa de que tais contratos não prevêem uma garantia de reembolso do crédito levantado ao abrigo do contrato, salvo se for expressamente dada.

2. Da avaliação da solvabilidade como via tendente a obs- tar ao superendividamento

Do crédito selvagem ao crédito responsável dista um autêntico abismo...

Contrariando uma velha máxima africana (“só se empresta um cabrito a quem tem um boi”), as instituições de crédito passaram a emprestar um boi a quem nem sequer ‘projecto’ de cabrito tinha...

A crise de 2008 determinou se encetassem medidas tendentes a assegurar que as instituições de crédito e as sociedades financeiras concedessem crédito de modo responsável.

E daí que se houvesse ensaiado provisões tendentes a impor como poder-dever aos dadores de crédito a avaliação da solvabilidade dos aspirantes à concessão de fundos.

E, no preâmbulo da Directiva de 23 de Abril de 2008, aparelhou dois consideranda, a saber:

“A fim de avaliar a solvabilidade de um consumidor, o mutuante deverá também consultar as bases de dados relevantes; as circunstâncias de facto e de direito podem exigir que tais consultas sejam de âmbito variável.

A fim de evitar distorções de concorrência entre os mutuantes, há que assegurar o acesso destes às bases de dados públicas ou privadas relativas aos consumidores de um Estado-Membro em que não estejam estabelecidos, em condições não discriminatórias relativamente aos mutuantes desse Estado-Membro.”

Caso a decisão de recusar um pedido de crédito tenha sido tomada com base na consulta de uma base de dados, o mutuante deverá informar o consumidor desse facto bem como dos elementos da base de dados consultada.

Todavia, o mutuante não deverá ser obrigado a dar essas informações quando outra legislação comunitária o proibir, por exemplo, a legislação em matéria de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Além disso, essas informações não deverão ser prestadas se forem contrárias aos objectivos de ordem pública ou de segurança pública, tais como a prevenção, investigação, detecção ou repressão de infracções penais.

E, no articulado, norma segundo a qual o acesso a bases de dados se assegure a fim de avaliar das condições sócio-económicas para que o consumidor honre os compromissos que intentar assumir, sob a epígrafe “obrigação de avaliar a solvabilidade do consumidor” (Directiva de Crédito ao Consumo de 2008: art.º 8.º), deque se extrai uma resenha:

Conditio sinequa non da concessão do crédito, a avaliação pelo mutuante da solvabilidade do consumidor.

Fontes para o efeito:

- Informações carreadas pelo consumidor e, se necessário,
- Consulta de bases de dados relevantes.

Se, na pendência do contrato, se pretender aumentar o montante em dívida, proceder-se-á a uma reavaliação da condição sócio-económica do consumidor: e só se deferirá a pretensão se a avaliação for obviamente favorável.

O acesso às bases de dados também se achava regulado.

Se a concessão de crédito for recusada com base em uma tal consulta, o consumidor seria prevenido de modo não oneroso. A menos que haja eventuais proibições em razão de objectivos e ordem e segurança públicas.

Sempre e só com observância das normas restritivas de acesso a dados pessoais vigentes ao tempo.

Já a Directiva de que ora se cura - a que remonta a 18 de Outubro de 2023 - parece reforçar os ímpetos neste particular.

Aí se sustenta, em princípio, quanto sufragado fora na Directiva de 23 de Abril de 2008, mas avança um sem-número de cautelas de modo pragmático de molde a dissuadir a devassa da privacidade do aspirante à concessão de crédito:

- Informações a recolher - as necessárias e proporcionais à natureza, à duração, ao valor e ao risco do crédito para o consumidor, em conformidade com o princípio da minimização dos dados estabelecido no Regulamento Geral de Protecção de Dados;
- Informações - pertinentes, completas e exactas; incluirão, ao menos, os rendimentos e as despesas do consumidor, tomando devidamente em consideração as obrigações actuais que sobre si pesam, nomeadamente as despesas de subsistência próprias e as do seu agregado familiar, se for o caso, bem como os respectivos passivos financeiros.

Tais informações não incluirão as categorias especiais de dados pessoais, como os da saúde, em que se incluem os oncológicos, nem as disponíveis a partir de redes sociais.

As Directrizes da Autoridade Bancária Europeia, de 29 de Maio de 2020, sobre a concessão e a monitorização de empréstimos, oferecem vias seguras e adequadas sobre as categorias de dados a adoptar na avaliação da solvabilidade do pretendente ao crédito, como provas de rendimentos ou outras fontes de reembolso e informes sobre activos e passivos financeiros ou os demais compromissos assumidos e que nesse particular o onerem.

Os consumidores deverão tornar disponíveis informações acerca da sua situação económica e financeira, a fim de tornar propícia uma avaliação rigorosa da sua solvabilidade.

As directrizes são peremptórias: o crédito ao consumidor só se dispensará se o resultado da avaliação da solvabilidade indicar que as obrigações decorrentes do contrato serão provavelmente cumpridas de modo escrupuloso e bastante.

Para avaliação da capacidade económico-financeira do consumidor, deverá o mutuante ter em conta factores relevantes e circunstanciais, a saber, no caso de créditos susceptíveis de financiar estudos ou cobrir despesas excepcionais decorrentes de cuidados de saúde, a existência de provas suficientes de que tais créditos proporcionarão rendimentos futuros ao consumidor, ou a existência de cauções ou outras formas de garantia de que ao consumidor seja lícito lançar mão para garantir o cumprimento das obrigações do crédito a que se adscreverá.

O Regulamento da Inteligência Artificial que a lume veio em 2024 (já depois de publicada a Directiva Crédito ao Consumidor 2023) prevê que os sistemas de inteligência artificial introduzidos para avaliar a classificação de crédito ou a capacidade de endividamento de pessoas singulares deverão ser classificados como de risco elevado: o acesso de tais pessoas a recursos financeiros ou a serviços essenciais, como o alojamento, a electricidade e as comunicações electrónicas constitui algo de sensível, de delicado, que força é se obtempere...

Sempre que a avaliação da solvabilidade envolva eventual tratamento automatizado, o consumidor terá o direito a intervenção humana de banda do mutuante.

O consumidor terá o direito de obter uma explicação pertinente e compreensível da avaliação da solvabilidade efectuada e do funcionamento do sistema de tratamento automatizado adoptado, incluindo as principais variáveis, a lógica e os riscos inerentes, bem como o direito de manifestar o seu ponto de vista e de solicitar a revisão da avaliação da solvabilidade e a da decisão sobre a concessão de crédito.

O consumidor gozará do direito de ser informado sobre tais direitos após haver sido devidamente informado sobre o procedimento a seguir.

A possibilidade de requerer a revisão da avaliação inicial e da decisão não garantirá necessariamente a concessão de crédito, como se tem por elementar.

Como se realçou noutro passo, o acesso às bases de dados deve ser propiciado aos dadores de crédito.

As circunstâncias de facto e de direito podem exigir que tais consultas sejam de âmbito variável.

A fim de evitar distorções de concorrência entre os diferentes dadores de crédito, os que se achem sob supervisão e cumpram plenamente as prescrições do Regulamento Geral de Protecção de Dados de 2016 acederão às bases de dados de crédito públicas ou privadas relativas aos consumidores de um Estado-Membro em que não se achem estabelecidos, em condições não discriminatórias face aos seus concorrentes estabelecidos nesse Estado-Membro.

Aos Estados-Membros compete facultar o acesso transfronteiriço a bases de dados públicas ou privadas, em conformidade com o Regulamento Geral a que se alude retro.

Para reforçar as condições de reciprocidade, as bases de dados de crédito deverão conter, no mínimo, informes sobre situações de mora dos consumidores no reembolso do crédito, tipo de crédito e a identidade da instituição mutuante..

Os detentores de bases de dados de crédito deverão dispor de sistemas que garantam que as informações aí preservadas se acham conformes, a saber, primam pela actualização e exactidão.

Se a pretensão de crédito pelo consumidor deduzida for recusada com origem na consulta de uma dada base de dados, os mutuantes notificarão, sem detença e de modo gracioso, os consumidores, do resultado da consulta e dos pormenores detectados e bem assim das categorias de dados consideradas.

Além do mais, a fim de assegurar de modo pertinente a informação dispensada aos consumidores, os Estados-Membros garantirão que se notifiquem os interessados do registo de eventuais atrasos no reembolso de crédito, em tempo útil e no lapso de 30 dias pós-registo, p. e., advertindo-os por correio eletrónico que acedam à base para se inteirarem das informações que lhes respeitem sobre a mora no reembolso do crédito.

E, no articulado, as normas segundo as quais se aferirá da solvabilidade do pretendente ao crédito, que se pautam por exigência, rigor e incisão (Directiva de 2023: art.º 18):

- Avaliação efectuada obviamente no interesse do consumidor, mas em que se acautelem as expectativas dos dadores de crédito, a que incumbe a concessão de crédito responsável, que não evado de interrogações ou dúvidas insanáveis
- Em ordem a obstar à concessão de empréstimos temerários e irresponsáveis e a
- Evitar o pernicioso fenómeno do endividamento excessivo
- Considerar devidamente factores como os da probabilidade de o consumidor cumprir as obrigações decorrentes do contrato de crédito
- Avaliação com base em informações pertinentes e exactas sobre rendimentos e despesas do consumidor e demais circunstâncias financeiras e económicas necessárias e proporcionais à natureza, à duração, ao valor e ao risco do crédito para o consumidor.
- Informações que incluirão, se for o caso, comprovativos de rendimentos ou outras fontes de reembolso, revelações de activos e passivos financeiros ou dos mais compromissos financeiros assumidos.
- Informações emergentes de redes sociais de todo vedadas.
- Informações devidamente testadas, comprovadas à exaustão mediante, se for o caso, de documentação passível de verificação independente
- Exigência de banda dos Estados-Membros de que o mutuante defina procedimentos para a avaliação e que os documente e preserve
- Pretensões conjuntas de uma pluralidade de consumidores, avaliação assente na capacidade de análogo modo conjunta de reembolso dos consumidores.
- Crédito deferido e outorgado só e tão só se o resultado da avaliação comportar forte probabilidade de que as obrigações decorrentes do contrato de crédito se cumpram de harmonia com o escopo do contrato
- Garantia de que após a celebração do contrato o dador de crédito ou mutuante nem o resolve nem o altera posteriormente em detrimento do consumidor com base no facto de a avaliação se haver processado de modo incorrecto: tal não se aplicará se se revelar que o consumidor não comunicou ou falsificou deliberadamente as pertinentes informações

- Se a avaliação envolver o recurso ao tratamento automatizado de dados pessoais, o consumidor goza do direito de solicitar e obter do mutuante intervenção humana: em que consiste um tal direito? Em Solicitar e obter do mutuante uma explicação clara e compreensível da avaliação da solvabilidade, nomeadamente a lógica e os riscos inerentes ao tratamento automatizado de dados pessoais, bem como a sua importância e os efeitos sobre a decisão;
- Manifestar o seu ponto de vista ao mutuante; e
- Solicitar que o mutuante leve a cabo uma revisão da avaliação da solvabilidade e da decisão sobre a concessão do crédito.

Os Estados-Membros assegurarão que o consumidor seja informado do direito que neste particular se lhe reconhece.

- Se a pretensão de crédito for recusada, o mutuante informará sem detença o consumidor de tal recusa e, se for o caso, encaminhará o consumidor para os serviços de aconselhamento sobre gestão de dívida facilmente acessíveis: ao mutuante se exigirá informe o consumidor de que a avaliação da solvabilidade se baseou no tratamento automatizado de dados, do seu direito a uma avaliação humana e do procedimento a observar para impugnar uma tal decisão.
- Se as partes se propuserem alterar o montante do crédito após a celebração do contrato, o mutuante reavaliará a condição de solvabilidade do consumidor com base em informações actuais, antes de qualquer aumento significativo dos valores do crédito em causa.
- É lícito aos Estados-Membros exigir dos mutuantes que avaliem a solvabilidade dos consumidores com base na consulta de bases de dados relevantes.
- A avaliação da solvabilidade não deve basear-se exclusivamente no historial de crédito do consumidor.

E, no que tange ao acesso às bases de dados, registe-se o que, na esteira do dispositivo de pretérito, se estabelece [Directiva de Crédito ao Consumidor de 2023: art.º 19] e na sequência dos considerados já enunciados:

- i. Créditos transfronteiriços: que os mutuantes de outros Estados--Membros tenham acesso às bases de dados disponíveis em seu território para avaliar a solvabilidade dos consumidores: sem hipótese de eventual assomo de discriminação

- ii. Restrições impostas: “apenas os mutuantes... sob supervisão da autoridade nacional competente e que cumpram plenamente o Regulamento Geral de Proteção de Dados de 2016 terão acesso às bases de dados em ordem a avaliar a solvabilidade dos consumidores.
- iii. Âmbito: o acesso se-lo-á tanto às bases de dados públicas como privadas: as bases com informações sobre contratos de crédito conservarão, pelo menos, elementos sobre mora no reembolso do crédito, tipo de crédito e identidade do mutuante.
- iv. Categorias especiais de dados (saúde...) e os recolhidos a partir das redes sociais: vedado o seu tratamento.
- v. Recusa de crédito em razão da consulta de bases de dados referenciadas: obrigação a que se adscreve o mutuante de transmitir ao consumidor, sem demora indevida e graciosamente, do resultado da consulta e seus pormenores e bem assim dos dados havidos em conta
- vi. Preservação de informações nas bases de dados: os detentores das bases garantirão que os dados nelas conservados são actuais, exactos e conformes
- vii. Garantia de informação aos consumidores:
- viii. No lapso de 30 dias da data em que os eventuais atrasos no reembolso de crédito se registam numa dada base; e
- ix. Dos seus direitos em conformidade com o Regulamento Greal de Proteção de Dados em vigor;
- x. Procedimentos reclamatórios: os Estados-membros assegurarão a existência de procedimentos de reclamação, a fim de tornar mais fácil aos consumidores impugnar o conteúdo das bases de dados, incluindo a informação susceptível de ser obtida por terceiros mediante pesquisas em tais bases.

Eis o que, em síntese, se consigna no quadro da avaliação da solvabilidade dos pretendentes ao crédito, na perspectiva da Nova Directiva e em vista de um processo de concessão responsável de crédito que se almeja, no seio da União Europeia, em extensão e profundidade. Contra os métodos selvagens que campeavam neste espaço saudável.

3. O direito a um período de ponderação ou reflexão em vista de eventual retractação (o direito de “dar o dito por não dito”)

As relações jurídicas de consumo são, não raro, assistidas de um acrescido período de ponderação ou reflexão, após a celebração de contratos típicos ou nominados, de molde a obviar a que paire a precipitação e que o indispensável consentimento não seja de todo o modo esclarecido.

O período de ponderação ou reflexão é conferido para que se possa usar do direito de retractação, se for o caso, depois de um amadurecimento sobre se um tal negócio jurídico lhe é ou não vantajoso, socorrendo-se para o efeito de tudo quanto possa estar ao seu alcance para o efeito.

A Directiva do Crédito ao Consumidor de 2008 contempla o denominado “direito de retractação” que verte no seu artigo 14.

E aí estabelece, no n.º 1, que “O consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de retractação do contrato de crédito sem indicar qualquer motivo.”

Característica essencial do direitos é a sua irrenunciabilidade, de par com a imotivabnilidade e, em princípio, a sua inimdemnizabilidade. “O prazo para o exercício do direito de retractação começa a correr da data”, ali se diz:

- a) Da celebração do contrato de crédito; ou
- b) Da recepção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações [a tal pertinentes], se essa data for posterior à data [referenciada no passo precedente].

E especifica, no seu n.º 2,

No caso de um contrato de crédito ligado ou associado (“casado”), se a legislação nacional já previr, na data da entrada em vigor..., que os fundos não podem ser disponibilizados ao consumidor antes do decurso de um determinado período, os Estados-Membros podem prever excepcionalmente que [um tal prazo] possa ser reduzido a esse período determinado, a pedido expresso do consumidor.

Se o consumidor se propuser exercer o direito de retractação, deve:

- i. Para que a retractação produza efeitos antes do termo do enunciado prazo, comunicar o facto ao mutuante de acordo com a informação a tal propósito prestada, adoptando um meio dotado de força probatória de acordo com o direito nacional.

Considera-se que o prazo se cumpriu se a comunicação se expedir antes do seu termo, desde que efectuada em papel ou noutro suporte duradouro à mercê do dador de crédito e a que regularmente possa aceder; e

i. Pagar ao dador de crédito o capital e os juros vencidos a contar da data de levantamento do montante em que o crédito se traduz até à data de pagamento do capital, sem atrasos indevidos e no lapso de 30 dias de calendário após a expedição da comunicação de retractação.

Juros calculados com base na taxa devedora estipulada.

O dador de crédito não tem direito a qualquer outra indemnização por parte do consumidor em caso de retractação, com excepção da compensação por eventuais despesas não reembolsáveis satisfeitas a qualquer entidade pública.

Se o dador de crédito ou um terceiro prestar um serviço acessório conexo com o crédito com base em contrato entre o terceiro e si mesmo, deixa o consumidor de estar vinculado ao contrato do serviço acessório caso exerça o direito de retractação no ou do contrato do crédito.

Os Estados-Membros - define-o o n.º 6 do artigo em epígrafe - podem determinar que a disciplina anteriormente delineada se não aplique aos contratos de crédito que por lei hajam de ser celebrados, pela solemnidade de que se revestem, na presença de notário. Ponto é que o notário revele e confirme que o consumidor é detentor dos direitos compendiados na mancha das informações pré-contratuais e no precipitado de cláusulas do contrato em si mesmo considerado.

Já a Directiva que a substitui - a 2023/2225 - , no seu artigo 26, altera a terminologia (erroneamente, ao que se nos afigura) e define em termos de “livre revogação” no seu n.º 1:“Os Estados-Membros devem assegurar que o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para exercer o direito de livre revogação do contrato de crédito sem indicar nenhum motivo.”⁶¹

61. Article 26

Droit de rétractation

1. Les États membres veillent à ce que Le consommateur puisse se rétracter dans Le cadre d'un contrat de crédit sans donner de motif dans um délai de quatorze jours calendaires.

Le délai de rétractation visé au premier Aline a commence à courir:

a) Le jour de La conclusion du contrat de crédit; ou

b) Le jour ou Le consommateur reçoit les clauses et conditions contractuel Le sainsi que lês informations prévues aux articles 20 et 21, si cette date est postérieure à cellevisée au point a) du présentalinéa.

Pouco importa que, na versão portuguesa, haja sido alterada a terminologia da figura da retractação. O prazo para o exercício do direito de [retractação], tal como no regime anterior, começa a correr [da data da]:

- i. Celebração do contrato de crédito; ou
- ii. Recepção, pelo consumidor, dos termos e condições contratuais e do clausulado do contrato com o ror de menções obrigatórias ali previstas, se posterior à data da celebração.

Considera-se de análogo modo cumprido o que por lei se impõe se o consumidor o expedir antes do termo do prazo.

Já o n.º 2, à semelhança do que ocorre tanto com os contratos à distância (por telefone, por correio electrónico...) quanto com os celebrados fora de estabelecimento comercial, prescreve imperativamente que “Se o consumidor não tiver recebido [os termos e condições contratuais e as menções obrigatórias que integrarão o contrato] o prazo para o exercício do direito de [retractação] termina, em todo o caso, 12 meses e 14 dias após a celebração do contrato de crédito.”

E, no que toca ainda a prorrogações, o n.º 3 configura uma outra hipótese, a saber:

“No caso de um contrato de crédito ligado para a aquisição de um bem com uma política de devolução que garanta o reembolso integral durante um determinado período de tempo superior a 14 dias de calendário, o direito de [retractação] é prorrogado de modo a corresponder à duração da referida política de devolução.

Se o consumidor exercer o direito de [retractação], cumpre-lhe:

- i. Notificar o dador de crédito, em papel ou noutro suporte duradouro especificado no contrato de crédito, em 14 dias, de que pagará o capital levantado e os juros devidos, bem como o montante dos juros diários;
- ii. Pagar o capital e os juros vencidos sobre este capital a contar da data de levantamento do crédito até à data de reembolso do capital, sem atrasos indevidos e, em todo o caso, no lapso de 30 dias de calendário após a remessa da notificação.

Le délai viséau premier alinéa est réputé avoir été respecté si Le consommateur envoie la notification viséau paragraphe 5, premier alinéa, point a), au prêteur avant l'expiration dudit délai. ...”

Os juros calcular-se-ão com base na taxa devedora estipulada.

O dador de crédito ou mutuante não tem direito a nenhuma outra indemnização por parte do consumidor em caso de retractação, com excepção do que a lei antiga estatuíra e se enunciara no passo adequado supra.

Outro tanto no que se prende com um eventual serviço acessório em que o consumidor se desvinculará de qualquer obrigação a que se ache adscrito.

Os Estados-Membros podem determinar que específicas disposições se não apliquem aos contratos de crédito que, nos termos do direito nacional, devam ser celebrados perante notário, nos termos do que a lei antiga disciplinara já e se expendeu no lugar próprio..

E, por extensão, no que tange a contratos de crédito ligados, o seu artigo 27 prevê que:

Se assegure aos consumidores que hajam exercido o direito de retractação, com base no direito da União, referente a um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços deixe de estar vinculado ao contrato de crédito ligado que se celebrara.

Se os bens ou serviços recobertos por um contrato de crédito ligado não forem fornecidos, ou se o forem apenas parcialmente, ou não se acharem em conformidade, o consumidor tem o direito de interpelar o mutuante se o tiver feito ao fornecedor e não tiver obtido a recomposição devida, nos termos da lei da compra e e venda de consumo.

Aos Estados-Membros incumbe estabelecer em que medida e condições pode ser exercido um tal direito.

As disposições ora estatuídas aplicam-se sem prejuízo da vigência de normas do direito de um dos ordenamentos nacionais que tornem o mutuante solidariamente responsável por toda e qualquer reclamação que o consumidor possa haver deduzido contra o fornecedor, caso a compra de bens ou serviços tenha sido financiada por um contrato de crédito.

Por conseguinte, há patentemente, neste particular diferenças assinaláveis de regime, que cumpre enunciar:

- Enquanto na Directiva do Crédito ao Consumo de 2008, o período de reflexão ou ponderação em vista do exercício do direito de retractação era tão só de 14 dias, na de 2023, ora em apreciação, há

significativos entorses a uma tal regime tão linear:. Se a informação em torno do direito de todo se omitir ou denegar, o prazo para o exercício do direito de retractação como que se prorroga: e espraiá-se por 12 meses que acrescem aos 14 dias originais.

- Algo de significativo que se inspira, aliás, na Directiva Direitos do Consumidor de 2011, na génese do regime dos contratos à distância e fora de estabelecimento com apreciável paralelismo de situações e manifesta justeza, que cumpre, a justo título, assinalar neste passo.

Para além dos corolários que daí decorrem e se acham plasmados precedentemente.

A complexidade das situações conduz a que o regime se aperfeiçoe e se baseie nas observações fácticas que decorrem da análise da execução dos diplomas em vigor, como no caso da Directiva de Crédito de 2008 que ficou muito aquém das expectativas quanto instrumento susceptível de responder às exigências de mais de três lustros de vigência.

Aliás, tais preocupações resumam dos consideranda da Directiva que se acha na calha para vigorar a partir de finais de 2026 de forma marcadamente expressiva.⁶²

62. Cfr. os consideranda iniciais da Directiva do Crédito ao Consumidor de 202, a todos os títulos, elucidativos:

Tais relatórios e consultas revelaram que a Directiva 2008/48/CE tem sido parcialmente eficaz em garantir normas elevadas em matéria de defesa dos consumidores e na promoção do desenvolvimento de um mercado único de crédito, e que os seus objetivos continuam a ser pertinentes. Os motivos pelos quais essa directiva foi apenas parcialmente eficaz resultam dela própria (designadamente, a imprecisão do texto de determinados artigos) e de fatores externos, como a evolução associada à digitalização, a aplicação prática e a execução nos Estados-Membros, bem como do facto de determinados aspectos do mercado de crédito aos consumidores não serem abrangidos pela mesma directiva.

A digitalização contribuiu para evoluções dos mercados não previstas no momento da adoção da Directiva 2008/48/CE. Com efeito, a rápida evolução tecnológica registada desde a adoção dessa directiva provocou alterações significativas do mercado do crédito aos consumidores, tanto do lado da oferta como do lado da procura, tais como o surgimento de novos produtos e a evolução do comportamento e das preferências dos consumidores.

A imprecisão do texto de determinadas disposições da Directiva 2008/48/CE, permitindo aos Estados-Membros a adoção de disposições divergentes que excediam as previstas nessa directiva, resultou num quadro regulamentar fragmentado em toda a União em vários aspectos dos contratos de crédito aos consumidores.

A situação de facto e de direito que resulta dessas disparidades nacionais em determinados casos provoca distorções da concorrência entre os mutuantes na União e cria obstáculos ao mercado interno. Isto limita as possibilidades de os consumidores beneficiarem de uma oferta cada vez maior de crédito transfronteiriço, que se espera vir a aumentar ainda mais em resultado da digitalização. Por sua vez,

BIBLIOGRAFIA

- AMAYUELAS, Esther Arroyo – A Third Directive on Consumer Credit. European Review of Contract Law, vol. 20, n.º 1, 2024, disponível em <https://doi.org/10.1515/ercl-2024-2001>;
- CANEPA, Alessandro – La rilevanza delle banche di credito in epoca di valutazione algoritmica tra comunicazione e aggiornamento delle informazioni. Dialoghi di diritto dell'economia, 1 (2025), pp. 15-32. ISSN 2785-7298, disponível em <https://hdl.handle.net/2434/1142164>;
- CASTELO, Higínia Orvalho – Crédito ao consumo? diversidade de tipos contratuais. Coimbra: Almedina, 2023. ISBN 9789724062914;
- CHEREDNYCHENKO, O.O. – On the Bumpy Road to Responsible Lending in the Digital Marketplace: The New EU Consumer Credit Directive. Journal of Consumer Policy, vol. 47, 2024, pp. 241-270, disponível em <https://doi.org/10.1007/s10603-024-09564-z>;
- FROTA, Mário – Crise Financeira e Direito do Consumo. Revista JULGAR, janeiro de 2015, disponível em: <https://julgar.pt/crise-financeira-e-direito-do-consumo>.
- REBELO, Fernanda; PEREIRA, Isa Pinto – Comportamento online do consumidor, formação financeira e sobreendividamento: primeiras reflexões sobre a Proposta de Diretiva relativa aos Créditos aos Consumidores COM/2021/347 final. Revista Jurídica Portucalense, Porto, 2022, disponível em [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-04](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-04);
- ROTT, Peter – Small credit through online platforms. Law and Financial Markets Review, 2023, disponível em: <https://doi.org/10.1080/17521440.2023.2167523>.

estas distorções e restrições podem ter consequências em termos de procura reduzida de bens e de serviços. A situação causa igualmente um nível inadequado e incoerente de defesa dos consumidores em toda a União.

Nos últimos anos, o crédito oferecido aos consumidores tem evoluído e tem-se diversificado de forma significativa. Surgiram novos produtos de crédito, nomeadamente em linha, cuja utilização continua a aumentar. Esta situação suscitou insegurança jurídica quanto à aplicação da Diretiva 2008/48/CE a esses novos produtos.

IX

PARECER JURÍDICO: SANÇÕES ADMINISTRATIVAS INDEVIDAS E ETAPA DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL EM CONCURSO PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

LEGAL OPINION: IMPROPER ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND BACKGROUND INVESTIGATION STAGE IN PUBLIC COMPETITION OF THE MUNICIPALITY OF SÃO PAULO

Matheus Perez Toniolli⁶³

Gabriel Lessa Marques da Silva⁶⁴

Assunto: Alternativas jurídicas passíveis de serem tomadas na etapa de investigação social do concurso para o cargo de técnico legislativo da Câmara Municipal de São Paulo-SP em face de penalidades administrativas impostas indevidamente pelo DETRAN-SP.

Resumo: O presente parecer analisa as alternativas jurídicas disponíveis a candidato aprovado em concurso público para cargo de técnico legislativo que enfrenta potencial eliminação na etapa de investigação social devido a sanções administrativas de trânsito aplicadas indevidamente. O caso em exame revela situação em que o candidato foi penalizado administrativamente por infração cometida por seu genitor, que conduzia veículo de sua propriedade. A análise demonstra que: (i) a CNH não constitui requisito para o cargo pleiteado; (ii) o princípio da intranscendência da pena impede a responsabilização por conduta de terceiro; (iii) a presunção de inocência veda a eliminação baseada em sanção administrativa sem repercussão penal. O parecer examina a jurisprudência do TJSP e STF, concluindo pela impossibilidade jurídica de eliminação do candidato nessas circunstâncias e indicando medidas preventivas e repressivas cabíveis, incluindo eventual ação anulatória e mandado de segurança preventivo.

63. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito Tributário Brasileiro pelo IBDT e pós graduando em Direito Tributário Internacional pela mesma instituição. Advogado em São Paulo e Mato Grosso do Sul. E-mail: mpereztoniolli@gmail.com.

64. Bacharel em Direito pela PUC-SP, advogado.

Palavras-chave: Concurso Público; Investigação Social; Sanções Administrativas; Intranscendência da Pena; Presunção de Inocência; Mandado de Segurança; Ação Anulatória.

Abstract: This legal opinion analyzes the legal alternatives available to a candidate approved in a public competition for a legislative technician position who faces potential elimination in the background investigation stage due to improperly applied administrative traffic sanctions. The case under examination reveals a situation where the candidate was administratively penalized for an infraction committed by their parent, who was driving a vehicle owned by the candidate. The analysis demonstrates that: (i) a driver's license is not a requirement for the position sought; (ii) the principle of non-transferability of penalties prevents liability for third-party conduct; (iii) the presumption of innocence prohibits elimination based on administrative sanctions without criminal repercussions. The opinion examines the jurisprudence of TJSP and STF, concluding that the legal elimination of the candidate under these circumstances is impossible and indicating appropriate preventive and repressive measures, including a potential annulment action and a preventive writ of mandamus.

Keywords: Public Competition; Background Investigation; Administrative Sanctions; Non-transferability of Penalties; Presumption of Innocence; Writ of Mandamus; Annulment Action.

Sumário: Introdução. I. Contexto Fático e Documentos. 2. Análise do Edital do Concurso e da Legislação Municipal. 3. Presunção de Inocência e Impossibilidade de Eliminação. 4. Alternativas Jurídicas Preventivas. Conclusão.

Introdução

Ao Sr. Consulente,

Prezado,

Vimos, pelo presente memorando, tecer nossas considerações a respeito das alternativas jurídicas a serem tomadas na etapa de investigação social de concurso público, diante de sanções administrativas impostas equivocadamente ao Sr. Consulente pelo DETRAN-SP.

Nesse contexto, as considerações a seguir expostas levam em conta as questões apresentadas pelo Consulente, bem como conseguir o fim proposto de aprovação na etapa de investigação social do concurso.

Os seguintes documentos foram entregues: RG; CNH; Documento do veículo; Auto de Infração; Multa; Comprovante de pagamento da multa; Comprovante de residência; Edital do concurso; Confirmações de inscrição; Resultados das provas; Consulta - Número do Processo Administrativo; Consulta - Apresentar Defesa; Processo Administrativo do DETRAN-SP.

Desse modo, pretende-se dar uma resposta adequada ao problema jurídico, levando-se em conta os fatos e documentos prestados, a legislação de regência e a jurisprudência dos tribunais sobre concurso público no momento atual, a fim de dar a melhor roupagem jurídica aos fins propostos.

1. Contexto Fático e Documentos

Considerando o relato e os documentos concedidos, em suma, ao Consulente foi atribuída as sanções administrativas de suspensão da CNH e multa pecuniária por fato praticado por seu genitor. Nesse sentido, conforme o auto de infração, o genitor do Consulente em 27/04/2019, conduzindo veículo de propriedade do Consulente (I/MMC AIRTREK MIVEC. 2006/2007), na Av. Santa Bárbara em Santa Bárbara d'Oeste-SP, se recusou a realizar teste de bafômetro, incorrendo na conduta tipificada no art. 165-A do CTB.

Assim, houve a abertura do processo administrativo, porém, em que pese o condutor ter sido identificado no momento da lavratura do auto de infração, foi equivocadamente inserido o nome do Consulente como infrator no processo administrativo. Instaurou-se o processo administrativo em 17/08/2019, e foi notificado o Consulente para indicar o real infrator e para apresentar defesa.

No entanto, escoou-se o prazo sem que nada fosse feito, o que implicou, como consta na decisão final de 18/10/2019, a aplicação de multa pecuniária e a suspensão da CNH do Consulente de maneira equivocada, vez que o real infrator foi o seu genitor.

Destarte, questiona o Consulente se a aplicação de multa e suspensão de sua carteira pode impactar na etapa de investigação social no concurso de técnico legislativo (sem especialidade), e quais seriam as medidas jurídicas a serem tomadas para prevenir ou sanear eventual problema decorrente das sanções administrativas aplicadas.

2. Análise do Edital do Concurso e da Legislação Municipal

Em primeiro lugar, necessário examinar o edital e a lei de regência do concurso para o ingresso no cargo na Câmara Municipal de São Paulo. A respeito da etapa de investigação social, importante ressaltar que o edital nº 1 de 2023 do Concurso Público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva para cargos efetivos do quadro de pessoal da Câmara Municipal de São Paulo foi lacônico, de modo que traz tão somente as seguintes informações:

2.1. O Concurso será realizado de acordo com as seguintes etapas:
[...]

VII – Investigação Social e Comprovação de Idoneidade e Boa Conduta, de caráter eliminatório, de responsabilidade da CMSP.

Ademais, da Lei Municipal nº 17.986/2023 de São Paulo-SP, extrai-se o seguinte sobre essa etapa do concurso:

Art. 15. A prova de investigação social e comprovação de idoneidade e boa conduta tem como objetivo identificar e inabilitar indivíduos cujas características se mostrem incompatíveis com o desempenho das atividades inerentes ao posto em disputa.

Parágrafo único. A prova de que trata o caput será realizada mediante apresentação e avaliação de certidões e documentos que atestem a inexistência, nos últimos 5 (cinco) anos, de sanções disciplinares administrativas e trabalhistas, sanções ético-profissionais aplicadas por órgãos de classe e de sanções criminais.

Ora, normalmente, a etapa de investigação social de concurso público ocorre por meio de preenchimento de formulário, ou então de entrevista, com a prévia investigação do perfil do candidato em face de características necessárias e/ou convenientes para o exercício do cargo que almeja.

Inobstante, é evidente que essas características devem estar previstas no edital ainda que implicitamente (no geral, quando decorrem do bom senso). Dessa maneira, no caso em tela, é importante observar que o edital em análise não requer em momento algum que o candidato possua CNH, e esse requisito também não decorre implicitamente da função desempenhada.

Afinal, o cargo pleiteado não é o de motorista de ambulância ou de policial militar, dentre outros, cujo exercício exige necessariamente conduzir veículos, mas sim de técnico legislativo. No mais, importante ressaltar que, mesmo nos casos em que o cargo exige a condução de veículos, o próprio edital costuma exigir expressamente a CNH⁶⁵.

Desse modo, também o caput do art. 15 da Lei Municipal nº 17.986/2023 ressalta que a etapa de investigação social se destina a inabilitar os indivíduos que possuam características incompatíveis com o cargo em disputa.

Por conseguinte, se o cargo não exige a posse de CNH, não há razão jurídica suficiente para que seja avaliado o prontuário da CNH do candidato na etapa de investigação social. Só por esse motivo, já seria ilegal a reprovação do Consulente por ter tido suspensa sua CNH em 2019. Ademais, o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que a prova será realizada por meio de “certidões e documentos que atestem a inexistência, nos últimos 5 (cinco) anos, de sanções disciplinares administrativas [...]”.

É certo que da data da infração (27/04/2019) passaram-se já os cinco anos, mas ainda não transcorreu o mesmo período da data de abertura do processo (17/08/2019), da decisão final (19/10/2019), e da aplicação da pena. Infelizmente, a dicção do dispositivo é problemática, de modo que o que parece importar não é a data da infração, mas do escoamento da própria sanção nos últimos cinco anos. Embora essa leitura seja a mais conforme com a literalidade do texto, evidente que merece ser rejeitada por ser extremamente desproporcional.

65. Por exemplo, tem-se o seguinte edital, também da FGV, pra PMERJ, que exige expressamente que o candidato possua CNH: <https://conhecimento.fgv.br/concursos/pmerj24/soldados>.

Afinal, tratando-se de infrações administrativas, em que a autoridade muitas vezes tem longo prazo decadencial para lançar a multa (em geral, cinco anos), também contando com muitas vezes demorado processo administrativo, corre-se o risco de eliminar candidatos do concurso por fatos ocorridos há muito mais tempo.

Portanto, a leitura mais razoável nos conduz ao entendimento de que os cinco anos devem ser os da data do fato. Desse modo, a princípio, não deveria haver problema ao Consulente em decorrência das sanções aplicadas pelo DETRAN-SP.

No entanto, há o risco de a autoridade administrativa optar pela interpretação literal da lei, hipótese na qual o Consulente ficaria em situação irregular, se não fosse pelo fato de seu concurso não requerer habilitação. Vale também ressaltar que, em pesquisa jurisprudencial, não se encontrou disputa sobre a interpretação do dispositivo em tela ou sobre texto de lei semelhante.

Em face disso, considerando que a posse de CNH não é requisito para o cargo disputado, recomenda-se que o Consulente não apresente sua CNH ou a certidão de prontuário de CNH, a não ser que requisitado de maneira expressa pela CMSP. Assim, como a CNH não é requisito para o cargo, entende-se que não há omissão se não houver requisição expressa pelo documento.

No mais, se requisitado ou perguntado sobre o fato, não omita ou minta a respeito dele, uma vez que a falta de sinceridade e a omissão sobre dados importantes costumam ser motivo de reprovação na etapa de investigação social, de difícil reversão pelo poder judiciário. Sobre a matéria, tem-se os seguintes precedentes hauridos da Jurisprudência do Egr. TJSP:

CONCURSO PÚBLICO. ANULATÓRIA. Policial militar (2^a Classe). Reprovação na fase de investigação social. Candidato que omitiu informações relevantes, além de ter praticado contravenção penal (envolvimento com atividade ligada ao jogo de azar) e demais comportamentos que atentam contra a moral e os bons costumes. Perfil incompatível com aquele exigido para o cargo pretendido, conforme relatório apresentado pela Administração. Decisão devidamente fundamentada, suficiente a demonstrar a incompatibilidade com o exer-

cício da função pretendida. Perfil incompatível com a função de policial militar. Indenização indevida. Precedentes. Recurso improvido.

(TJSP, Ap. 1017762-86.2019.8.26.0053, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, 2^a Câmara de Direito Público, j. 15.05.2020)

CONCURSO PÚBLICO Polícia Militar – Investigação social – Fatos desabonadores – Reprovação – Possibilidade – Informação – Omissão – Reprovação – Possibilidade: – A descoberta de fatos desabonadores durante a fase de investigação social justifica a reprovação do candidato, quando observada a razoabilidade e a proporcionalidade. – A omissão de informação exigida no preenchimento do formulário de investigação social justifica a reprovação do candidato, seja pela falta de sinceridade, seja por negligência.

(TJSP, Ap. 1083521-55.2023.8.26.0053, Rel. Desa. Teresa Ramos Marques, 10^a Câmara de Direito Público, j. 07.06.2024)

Por outro lado, encontrou-se os seguintes precedentes, semelhantes ao caso em análise sob alguns aspectos, em que os candidatos omitiram infrações praticadas por familiares:

APELAÇÃO – Concurso Público – SOLDADO PM 2^a CLASSE – POLÍCIA MILITAR – INVESTIGAÇÃO SOCIAL – Reprovação na fase de investigação social – Reprovação em decorrência de condutas desabonadoras de familiares e omissão sobre boletim de ocorrência tendo como investigado o seu genitor – Pretensão de afastar sua inaptidão – Admissibilidade – Exclusão do certame desarrazoada – Ofensa ao princípio da legalidade – Inexistência de antecedentes criminais ou outras situações desabonadoras que possam indicar incompatibilidade do candidato com os princípios policiais militares – Circunstâncias informadas pelo candidato – Inexistência de ocultação dolosa de informações no formulário de investigação social – Atos praticados por terceiros não podem prejudicar o candidato – Precedentes – Exclusão desprovida de motivação e impregnada de alto grau de subjetividade de julga-

mento, infringindo os princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público – Sentença reformada – Recurso provido.

(TJSP, Ap. 1078256-72.2023.8.26.0053, Rel. Des. Maurício Fiorito, 4^a Câmara de Direito Público, j. 03.06.2024)

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – POLÍCIA MILITAR – Concurso para ingresso na carreira de Soldado PM 2^a classe - Candidato excluído na fase de investigação social por possuir genitora alvo de Termo Circunstaciado de Ocorrência (TCO) – Termos Circunstaciados de Ocorrência (TCOs) que não se referem à pessoa do autor – Pena que não pode passar da pessoa do infrator - Não configuração de violação a valores moral e ético imprescindíveis ao exercício da profissão de policial militar – Ofensa aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da intranscendência da pena– Sentença mantida – Reexame necessário desacolhido e recurso não provido.

(TJSP, Remessa Necessária Cível 1000118-34.2020.8.26.0397, Rel. Des. Rubens Rihl, 1^a Câmara de Direito Público, j. 26.11.2020)

Dessa forma, é unísono o posicionamento jurisprudencial no sentido de que o candidato ao cargo não pode ser responsabilizado por conduta de terceiro, ainda que seja seu familiar. No entanto, não se indica que o Consulente omita a sanção em tela caso requisitado em entrevista ou formulário, porque a falta de sinceridade por si mesma pode ser causa de reprovação:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação ordinária – Concurso público para o cargo de Soldado PM 2^a classe – Candidato que foi excluído na fase de investigação social – Sentença de procedência – Familiares do candidato (genitor e irmão) com histórico de envolvimento em ocorrências policiais – Candidato que omitiu informações sobre tais fatos no formulário de investigação social – Edital que tem previsão expressa acerca da exclusão em caso de omissão de informação obrigatória em

questionamento específico sobre tal situação – Incompatibilidade com a função de policial militar – Sentença reformada – Recurso provido.

(TJSP, Ap. 1027851-32.2023.8.26.0053, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, 7^a Câmara de Direito Público, j. 08.04.2024)

Como visto acima, mesmo diante de conduta desabonadora de familiar, há quem considere que a omissão, por si só, é causa de eliminação na fase de investigação social. Por conseguinte, caso requisitado expressamente, entende-se que o Consulente deverá entregar o prontuário de sua CNH juntamente com o auto de infração, em que consta o seu genitor, e explicar que houve equívoco do DETRAN-SP, e que perdeu por lapso o prazo para indicação do real infrator.

Enfim, frise-se que o Consulente deve ter muita cautela nessa etapa, tendo em vista que, nos termos do art. 16 da Lei Municipal nº 17.986/2023, só há recurso administrativo da decisão em investigação social se expressamente previsto no edital, e como não houve previsão nesse sentido, a decisão será irrecorrível na esfera administrativa.

3. Presunção de Inocência e Impossibilidade de Eliminação

De todo modo, ainda é importante ressaltar que, malgrado tenha sido aplicada sanção (indevida) na seara administrativa ao candidato, em razão do princípio da presunção de inocência, não poderia ser eliminado na etapa de investigação social:

CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLÍCIA MILITAR. CARGO DE SOLDADO DE 1^a CLASSE – QPM 1/BM. EDITAL DA/DRESA nº SD-P 01/2014. CANDIDATO DECLARADO INAPTO NA FASE DE SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA DO CONCURSO. EXISTÊNCIA DE PROCESSO POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE PERANTE A VARA CRIMINAL DE SOLEDADE. REALIZAÇÃO DE TRANSAÇÃO CRIMINAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CUMPRIMENTO DO ACORDO EM FASE DE CONCLUSÃO.

INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APLICADO.

1. A motivação do ato administrativo de exclusão do apelado do certame para o cargo de Soldado de 1^a classe – QPM 1/BM - Edital DA/DRESA nº SD-P 01/2014, se deu em razão da existência de processo por embriaguez ao volante, no qual houve transação criminal e suspensão condicional do processo. Cumprimento que está em fase de conclusão. Consequência legal que será a extinção da punibilidade do apelado, a teor do previsto no art. 89, §5º, da Lei nº 9.099/95, de modo que, eliminá-lo do concurso público nessas condições, acarretará violação ao princípio da presunção de inocência do candidato.

2. Por outro lado, embora o requisito disposto no aludido item 3.6 do edital a respeito de não poder o candidato estar respondendo a processo criminal, tenho que a hipótese, por suas peculiaridades fáticas, não se enquadra na vedação editalícia, pelo próprio fato de ter havido transação criminal, que descarateriza o processo em si, por se tratar de autocomposição de interesses em conflito mediado pelo juiz.

[...]. APELAÇÃO IMPROVIDA.(Apelação Cível, Nº 70076306075, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em: 26-04-2018)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. IDONEIDADE MORAL DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PÚBLICOS. INQUÉRITOS POLICIAIS OU PROCESSOS PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. 1. Como regra geral, a simples existência de inquéritos ou processos penais em curso não autoriza a eliminação de candidatos em concursos públicos, o que pressupõe: (i) condenação por órgão colegiado ou definitiva; e (ii) relação de incompatibilidade entre a natureza do crime em questão e as atribuições do cargo concretamente pretendido, a ser demonstrada de forma motivada por decisão da autoridade competente. 2. A lei pode instituir requisitos mais rigorosos para determinados cargos, em razão da relevância das atribuições envolvidas, como é o caso, por exemplo, das carreiras da magistratura, das funções essenciais à justiça e da segurança pública (CRFB/1988, art. 144), sendo vedada

da, em qualquer caso, a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionalíssimas e de indiscutível gravidade. 3. Por se tratar de mudança de jurisprudência, a orientação ora firmada não se aplica a certames já realizados e que não tenham sido objeto de impugnação até a data do presente julgamento. 4. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese de julgamento: “Sem previsão constitucional adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal”.

(RE 560900, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 06-02-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)

PROCESSUALCIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVINTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VIGILANTE PENITENCIÁRIO TEMPORÁRIO. AÇÃO PENAL EM CURSO EM DESFAVOR DE CANDIDATO (ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). AGRAVO INTERNO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. A controvérsia posta nos autos gira em torno se há legalidade no afastamento da parte recorrente do concurso para provimento de cargo de Vigilante Penitenciário Temporário após a investigação de vida pregressa. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento de que o indeferimento de pedido de registro profissional com base na existência de inquérito em curso ou em ação penal sem trânsito em julgado viola o princípio da presunção de inocência (AgRg no REsp 1.542.026/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 14.9.2015; AgRg no REsp 1.452.502/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 3.9.2015; AgRg no AREsp 504.196/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 11.9.2014). 3. Agravo interno a que se dá provimento.

(AgInt no RMS n. 64.827/GO, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 30/5/2022, DJe de 1/6/2022.)

Portanto, mesmo com inquérito ou processo penal em andamento, ou até mesmo após transação penal, com extinção da punibilidade, não se pode afastar o candidato na investigação social em concurso público.

A única hipótese de eliminação seria por condenação já transitada em julgado, merecendo destaque a tese fixada no Tema n. 22 do STF:

Sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal.

Anota-se, além disso, que a conduta sancionada foi a do art. 165-A, do CTB, referente à recusa de se submeter ao bafômetro. Dado que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, não constitui tipo penal.

Ademais, pelo princípio da intranscendência da pena, como se trata de conduta de terceiro, seu genitor, o que pode ser cabalmente comprovado pelo auto de infração, não deve o Consulente ser prejudicado por esse fato.

Desse modo, o Consulente não poderia ser eliminado nessa etapa do certame em razão de ter sido punido administrativamente pela conduta do art. 165-A, do CTB, uma vez que não houve qualquer repercussão penal que possa desaboná-lo nessa etapa do concurso.

4. Alternativas Jurídicas Preventivas

Tendo em vista os fatos relatados, os documentos apresentados, o edital do concurso, a legislação municipal a respeito da etapa de investigação, bem como a Jurisprudência dos tribunais, sem descartar o quanto dito sobre a conduta aconselhada ao Consulente, há ainda duas opções possíveis a título de prevenção: a) intentar uma anulatória do processo administrativo contra o DENTRAN-SP; e/ou b) impetrar mandado de segurança preventivo contra a CMSP.

A) Anulatória do Processo Administrativo

Considerando que o prazo decadencial para impetrar mandado de segurança contra o DETRAN-SP esvaiu-se, a única alternativa seria ajuizar ação anulatória do processo administrativo, tendo em vista que o real

infrator não foi o Consulente. Observado que ainda não decorreu o prazo decadencial quinquenal previsto no Decreto n. 20.910/1932, haja vista que a decisão final do processo administrativo foi em 18/10/2019.

Destarte, na Jurisprudência do Egr. TJSP, é reconhecido o direito de o proprietário do veículo demonstrar que não foi o real infrator:

AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA DE TRÂNSITO – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO COMETIDA POR TERCEIRO. No que tange à aplicação de sanções de trânsito, o proprietário, em sede judicial, tem direito de demonstrar que não guiava o veículo por ocasião do cometimento da infração, mesmo que tenha perdido o prazo administrativo para tanto. Entendimento diverso resultaria em desconsideração ao que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente. Precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Procedência do pedido. Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJSP, Ap. 1003184-30.2020.8.26.0071, Rel. Des. Camargo Pereira, 3^a Câmara de Direito Público, j. 01.12.2022)

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA DE TRÂNSITO – INFRAÇÃO COMETIDA POR TERCEIRA PESSOA - Pretensão inicial voltada à anulação da pontuação relativa à infração cometida por terceira pessoa, reconhecendo a indicação de condutor realizada tempestivamente, determinando, assim, a exclusão dos pontos gravados indevidamente em sua CNH – cabimento – prova de que o veículo se encontrava em posse de terceira pessoa na data do cometimento da infração – impossibilidade de extensão da solidariedade em relação à pontuação, que deverá ser anotada exclusivamente na CNH do efetivo infrator, em vista da natureza personalíssima das sanções (art. 257, do CTB) – precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte Estadual - sentença de procedência do feito mantida. Apelo voluntário da Prefeitura desprovido.

(TJSP, Ap. 1006305-57.2019.8.26.0344, Rel. Paulo Barcellos Gatti, 4^a Câmara de Direito Público, j. 10.08.2020)

Há, nada obstante, posicionamento no sentido de que a anulação não elide a responsabilidade pelo pagamento da multa, que é do proprietário do veículo:

REEXAME NECESSÁRIO. Inaplicabilidade ao caso em questão. Art. 496 do NCPC. Não conhecimento. APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA. MULTA DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. Recusa imotivada de submissão ao teste de bafômetro. Infração administrativa que se caracteriza com a mera recusa em realizar qualquer dos procedimentos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, independentemente de o condutor apresentar ou não sinais de embriaguez. Inteligência do art. 277, § 3º, do CTB. Presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo não ilidida. Infração cometida por terceiro. Pagamento da multa de responsabilidade do proprietário do veículo, nos termos do art. 282, § 3º, do CTB. Sentença de improcedência mantida. Majoração dos honorários advocatícios, considerado o trabalho adicional em grau recursal (art. 85, § 11º, NCPC). Reexame necessário não conhecido e recurso da autora não provido.

(TJSP, Ap. 1002460-15.2015.8.26.0196, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, 12ª Câmara de Direito Público, j. 31.05.2017)

Nesse contexto, importante ressaltar que essa ação, tendo em vista o valor da causa, tramitaria perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, e, provavelmente, devido à demora inerente aos processos judiciais, não impactaria na etapa de investigação social do concurso.

B) Mandado de Segurança Preventivo

Ademais, outra solução preventiva possível seria impetrar mandado de segurança preventivo em face da CMSF haja vista o justo receio de ser eliminado por anotação no prontuário de sua CNH por infração cometida por terceiro (seu genitor). Nessa hipótese, entende-se que a maior dificuldade seria comprovar o justo receio a ensejar a impetratura de writ preventivo.

Entretanto, entende-se que a existência de sanção aplicada em seara administrativa conjugada com interpretação literal do art. 15 da Lei Municipal nº 17.986/2023 é suficiente para justificar o justo receio e afastar as alegações de que se enfrenta lei em tese. Afinal, o que se pretenderia afastar não seria a própria lei, mas eventual aplicação equivocada ao caso concreto em decorrência de interpretação literal do dispositivo pela autoridade administrativa.

Conclusão

Por todas as razões, devidamente expostas neste parecer, tendo em vista, ademais, as informações e documentos prestados, manifestamos a nossa convicção de que o Consulente deve se comportar da seguinte maneira para evitar a eliminação nessa etapa do concurso, considerando os seguintes cenários hipotéticos:

- a) Se não requisitado pela CMSP, expressamente, não juntar CNH ou prontuário, haja vista que a posse de CNH não consta como requisito no edital, bem como não é indispensável ao exercício do cargo de técnico legislativo.
- b) Caso exigido, seja em entrevista ou em formulário, o prontuário de sua CNH, não omita ou minta sobre os fatos ocorridos. Nessa hipótese, considera-se imprescindível juntar o prontuário da CNH mais o auto de infração, com o fito de comprovar que não foi o real infrator, explicando que houve erro do DENTRAN-SP.

Além disso, dados os riscos e ponderações apontados previamente, caso queira ingressar com medida judicial preventiva, apontamos a possibilidade de ajuizamento de ação anulatória do processo administrativo em face do DETRAN-SP, ou então impetrar mandado de segurança preventivo em face da CMSP, considerando que é o órgão competente para a realização da etapa de investigação social.

Dito isso, ponderando todos os elementos, entende-se que essas medidas não são estritamente necessárias e que medidas repressivas – Mandado de Segurança ou Anulatória – contra eventual ato ilegal da administração podem ser mais efetivas.

Sendo o que nos cumpria para o momento, permanecemos à disposição para eventuais esclarecimentos.

É o nosso parecer, smj.

GABRIEL LESSA MARQUES DA SILVA
OAB 446.043-SP

MATHEUS PEREZ TONIOLLI
OAB 493.283-SP

X

IMPOSTO SELETIVO, LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA

IMPUESTO SELECTIVO, LIBRE COMPETENCIA Y LIBRE INICIATIVA

Renan Clemente Gutierrez⁶⁶

Resumo: A reforma tributária sobre o consumo foi aprovada no final de 2023 com a promessa de trazer mais “justiça tributária”, reduzindo a regressividade do sistema tributário e promovendo sustentabilidade. Para a referida sustentabilidade, utiliza-se da figura do Imposto Seletivo, que se preordena a incentivar ou desmotivar comportamentos. Os bens jurídicos tutelados pelo Imposto Seletivo são a saúde e o meio ambiente, pois incidente sobre a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente. Contudo, há de se averiguar se essa tributação não macula a livre iniciativa (fundamento da ordem econômica) e a livre concorrência (princípio da ordem econômica), sobretudo ao se falar de mercado relevante material e territorial.

Palavras-chave: Reforma tributária. Imposto Seletivo. Livre iniciativa. Livre concorrência. Ordem econômica.

Resumen: La reforma tributaria sobre el consumo fue aprobada al final de 2023 con la promesa de traer más “justicia tributaria”, reduciendo la regresividad del sistema tributario y promoviendo la sustentabilidad. Para la referida sustentabilidad, se utiliza la figura del Impuesto Selectivo, que está preordenado a incentivar o desmotivar comportamientos. Los bienes jurídicos tutelados por el Impuesto Selectivo son la salud y el medio ambiente, pues incidente sobre la producción, extracción, comercialización o importación de bienes y servicios perjudiciales a la salud o al medio

66. Doutorando e Mestre em Direito Político Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Conselho Superior de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Advogado.

ambiente. Pero, hay que investigar si esatributación no dañala libre iniciativa (fundamento delorden económico) y la libre competencia (principio delorden económico), sobretodocuando se habla de mercado relevante material y territorial.

Keywords: Reforma tributária. Impuesto Selectivo. Libre iniciativa. Libre competencia. Orden económico.

Sumário: Introdução. 1. Comentos a respeito do Imposto Seletivo. 2. Livre iniciativa e livre concorrência como fundamento e princípio da ordem econômica. 2.1. Livre iniciativa como fundamento da ordem econômica e da República. 2.2. Livre concorrência como princípio da ordem econômica. 3. A relação da tributação com a livre iniciativa e da livre concorrência. 4. Imposto Seletivo e a possível distorção na livre iniciativa e livre concorrência. 4.1. Possíveis impactos na livre iniciativa. 4.2. Possíveis impactos na livre concorrência. Notas de conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A aprovação da Emenda Constitucional nº 132/2023, e sua parcial regulamentação pela Lei Complementar nº 214/2025, representa uma nova estrutura tributária no Brasil, pautada pelos ditames da simplicidade, neutralidade e transparência.

A reforma também quis demonstrar preocupação com a qualidade de vida e sustentabilidade, mormente ao criar o chamado Imposto Seletivo (IS), incidente sobre a produção, extração, comercialização e importação de bens e serviços prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

Nessa toada, o referido tributo é incidente sobre uma gama de itens já listados na LC 214/2025, além da possibilidade de incidência em outros itens que se enquadrem no fato gerador da obrigação tributária.

Apesar dos justificados fundamentos de proteção à saúde e ao meio ambiente, tem-se que o Imposto Seletivo, ao onerar a produção, extração, comercialização e importação de bens e serviços, poderá gerar efeitos danosos à livre iniciativa e livre concorrência, institutos sobremodo im-

portantes para a ordem econômica e, via de consequência, dignidade da pessoa humana, fim maior da Constituição Federal.

Para tanto, é importante demonstrar os motivos pelos quais a tributação por meio do Imposto Seletivo poderá afetar tais institutos, revelando-se imprescindível abordar o mercado relevante material e territorial para uma acertada conclusão.

1. BREVES COMENTOS A RESPEITO DO IMPOSTO SELETIVO

A união de tributos em torno do IVA-Dual (composto pela Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS e Imposto sobre Bens e Serviços – IBS) é o que representaria a simplicidade como pilar da reforma tributária⁶⁷, mas os efeitos dessa estrutura ainda são desconhecidos pela sociedade. Não se sabe, ao certo, como funcionará na prática a nova política tributária brasileira.

O aumento de carga tributária é o fator de preocupação de todos os setores econômicos do país e, evidentemente, da boa comunidade jurídica, preocupada com a efetividade do Direito para o bem-estar social.

Fora a união de tributos em torno do IVA-Dual, há a implementação da figura do Imposto Seletivo, pautado na preocupação com a saúde e com o meio ambiente, pois é um tributo que grava a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços que afetem os bens jurídicos tutelados, conforme se extrai da leitura do art. 409 da LCP 214/2025. Segundo Kiyoshi Harada, trata-se de “imposto incidente sobre produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente, com suposta finalidade ordinatória.”⁶⁸.

67. O princípio da simplicidade como um dos três pilares da Reforma Tributária sobre o consumo é objeto de crítica de Ives Granda da Silva Martins, que preconiza o seguinte: “Tenho, pois, sérias desconfianças sobre a possibilidade de a propalada reforma tributária ser mesmo simplificadora do sistema, propiciando a saída da complexidade do sistema atual, previsto em longa seção da Lei Suprema. Nesta esteira o primeiro aspecto que desejo realçar é de que de rigor, a pretendida simplificação não existe. Ora, o Código Tributário Nacional utiliza 218 artigos para regular todos os tributos nacionais. Já para regulamentar a EC 132/2023, em relação a apenas dois dos três projetos de lei complementar enviados, já contamos com 696 artigos (tem o primeiro 499 artigos e o segundo 197)!!! (...) Como se vê, a lógica foi fantástica: para simplificar o prolixo sistema constitucional, enviaram um texto com 3 vezes mais dispositivos que, por serem princípios, normas e regras constitucionais serão interpretados nesse nível”. MARTINS, Ives Granda da. Os novos princípios da Reforma Tributária. In: Temas de Direito Público em homenagem a Eduardo Marcial Ferreira Jardim. Org. Renan Clemente Gutierrez. Max Limonad: São Paulo, 2025, p. 232.

68 HARADA, Kiyoshi. Comentários à reforma tributária aprovada pela EC nº 132/2023: artigo por artigo. 1^a ed. São Paulo: Rideel, 2024, p. 13.

No parágrafo primeiro do referido artigo, constam os bens considerados como prejudiciais à saúde e ao meio ambiente, quais sejam: veículos, embarcações a aeronaves, produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, bebidas açucaradas, bens minerais, concursos de prognósticos e fantasysport (sem prejuízo de outros produtos se enquadrarem na hipótese de incidência do tributo).

Nos artigos subsequentes, infere-se que o Imposto Seletivo não dará aproveitamento de crédito com operações anteriores ou geração de créditos com operações posteriores, bem como que será administrado e fiscalizado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB).

O Título II estabelece o momento de ocorrência do fato gerador do Imposto Seletivo (art. 414); a sua não incidência (nas operações com energia elétrica e telecomunicações, bem como sobre bens e serviços cujas alíquotas sejam reduzidas nos termos do §1º do art. 9º da EC 132/2023, conforme art. 413 da LCP 214); (iii) a base de cálculo (arts. 414 a 417); as alíquotas aplicáveis (arts. 419 a 423); a sujeição passiva e responsabilidade tributária (arts. 424 a 427); as hipóteses da pena de perdimento (arts. 428 a 429); o período de apuração do Imposto Seletivo (arts. 430 e 431); e o pagamento (arts. 432 e 433).

Portanto, para fechamento do primeiro capítulo, é forçoso concluir que o Imposto Seletivo contém muitas especificidades. É um imposto recheado de detalhes, incidente de forma não uniforme sobre uma gama de itens, tornando controverso o ditame da simplicidade no âmbito da reforma tributária.

2. LIVRE INICIATIVA E A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO FUNDAMENTO E PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

A questão posta em marcha no presente artigo repousa sobre os efeitos dessa tributação no âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência, que respectivamente representam um dos fundamentos e um dos princípios da ordem econômica.

A livre iniciativa e a livre concorrência garantem a democracia e viabilizam a dignidade da pessoa humana, com a geração de riqueza, em-

pregos e participação dos trabalhadores na riqueza gerada pelo mercado (sobretudo com o consumo de bens e serviços).

2.1 A livre iniciativa como fundamento da República e da ordem econômica

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme preconizado no artigo 1º da Constituição Federal. Também consta como fundamento da ordem econômica (art. 170, CF), ao lado da valorização do trabalho e existência digna.

Em síntese, o Brasil é uma economia de mercado capitalista, de modo que o Estado deve oferecer um cenário apto a possibilitar que a iniciativa privada seja promovida, gerando riqueza e a fazendo circular pelo mercado. Por meio da livre iniciativa se manifesta o poder econômico, sobremodo importante para o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

Esse movimento, somado aos fundamentos da valorização do trabalho e existência digna, formam o tripé fundamental da ordem econômica. Mas, como dito, estão elencados explicitamente e implicitamente nos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A existência digna é o fundamento central da Constituição Federal, buscando estabelecer o ser humano como fim, nunca como meio. E é por meio do ditame da valorização do trabalho que o trabalhador irá satisfazer as suas necessidades primárias, organizar sua vida financeira para alcançar seus objetivos e construir uma vida digna.

Sabe-se que há milhares de cidadãos que exercem seu trabalho em cargos públicos ou comissionados, parlamentares, empregados públicos etc. Mas, no geral, é por meio da iniciativa privada que o cidadão irá participar do mercado – seja como empreendedor, investidor ou trabalhador empregado, autônomo, pejotizado etc.

É por meio da livre iniciativa que o empreendedor investe e colabora com a economia, bem como que o trabalhador participa das riquezas do mercado, por meio do consumo (muito embora o investidor também seja consumidor e, desse modo, também participe das riquezas do mercado por meio do consumo). Então, o papel do Estado nesse aspecto é o de caminhar

de forma coordenada com a economia para estabelecer um campo fértil para que a livre iniciativa atue.

Eis as lições de Vicente Bagnoli nesse sentido:

O Estado, portanto, atuando junto à economia deve criar as condições para geração de trabalho, de modo que o indivíduo esteja inserido no mercado e o seu trabalho seja valorizado; afinal, é por meio do trabalho que o indivíduo de forma digna participará das riquezas dentro do mercado. O trabalhador também é consumidor, fazendo a riqueza circular. Da mesma forma, o Estado deve criar todas as condições para a livre-iniciativa atuar nos mercados, conferindo não só a segurança jurídica necessária para o indivíduo empreender, mas também toda a infraestrutura jurídica necessária para estimulá-lo a empreender e, com isso, promover a circulação das riquezas⁶⁹

Então, o Estado deve atuar junto à economia para que seja gerado desenvolvimento socioeconômico sustentável, evitando que sobrevenham distorções danosas a esse objetivo.

2.2 A livre concorrência como princípio da ordem econômica

Contudo, sabe-se que esse exercício livre e desimpedido pode gerar distorções, tal como no caso de cartelização, dominação de mercado por meio de artimanhas, “parcerias” com os governos para se beneficiar de financiamentos e eliminar concorrentes etc. Em síntese, práticas anticoncorrenciais.

É com base nessa preocupação que a ordem econômica estabelece alguns princípios, dentre eles a livre concorrência, que se trata de um princípio da ordem econômica buscando estabelecer mercado um ambiente que possibilite a todos os players ingressarem e competirem com os seus concorrentes de forma justa e isonômica. A livre concorrência aquece o mercado, “forçando” as empresas a competirem pela maximização do bem-estar do consumidor, proporcionando bens e serviços da melhor qualidade, pelo melhor preço.

Veja-se: os mecanismos empregados pelas empresas para oferecer os melhores itens sob os melhores preços é o que aquece o mercado competi-

69. BAGNOLI, Vicente. Direito econômico e concorrencial. 9ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 194.

tivo, beneficiando os consumidores. A livre concorrência é importante para impedir que os players que contam com maior poder econômico eliminem concorrentes, o que lhes possibilitaria estabelecer os preços que bem entenderem, inobservado o princípio do bem-estar do consumidor.

A livre iniciativa, isoladamente, não consegue garantir um mercado aquecido e justo, preocupado com o desenvolvimento socioeconômico sustentável. Ela depende da conjugação com a livre concorrência para que seja propiciado a todos os players a participação no mercado, competindo justamente entre si em prol da coletividade.

É uma forma de o Estado intervir positivamente na economia em prol da própria economia.

Bagnoli consigna que o poder econômico é importante para o desenvolvimento do país com grandes obras e investimentos, mas que deve ser repreendido “o uso abusivo do poder econômico, a eliminação da concorrência, a dominação de forma desleal do mercado e o aumento arbitrário dos lucros”, revelando-se a livre concorrência como fundamental para essa economia de mercado.

A livre concorrência está relacionada com diversos valores constitucionais atinentes à ordem econômica. Justine Hartmann Rio Branco Nabuco de Gouvêa estabelece que a livre concorrência é ínsita à livre iniciativa. Veja-se:

Está intimamente relacionado à livre iniciativa e tem por finalidade legitimar a regulação econômica acerca de práticas mercadológicas consideradas ofensivas sobre as atividades econômicas, ou seja, visa assegurar o regime de economia de mercado eficiente e legítima. Objetiva-se tanto a proteção sobre os interesses dos consumidores e trabalhadores, quanto a dos interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica.⁷⁰

Nessas breves linhas, desenhou-se que ambos os institutos, aplicados conjugadamente, são indispensáveis num Estado erigido sobre as bases da existência digna.

70. GOUVÊA, Justine Hartmann Rio Branco de. Verbete Livre Concorrência. Dicionário jurídico constitucional. Org. por Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Juciléia Lima/Max Limonad: São Paulo, 2022, p. 280.

3. TRIBUTAÇÃO, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

A tributação figura como um dos mecanismos que o Estado utiliza para arrecadar fundos ao erário público, objetivando satisfazer as suas tarefas precípuas e abastecer os cofres para organização político-administrativa.

Diante das limitações constitucionais ao poder de tributar, insculpidas no art. 150 da Constituição Federal, sobretudo a imunidade recíproca, tem-se que a atividade privada largamente suporta a tributação com o recolhimento de tributos incidentes sobre as atividades empresariais (sobretudo os impostos e as contribuições para a seguridade social), ao lado do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas.

Segundo José Casalta Nabais, é por meio do recolhimento de impostos que o Estado Fiscal (a exemplo do Brasil) encontra o seu financiamento para a garantia dos direitos fundamentais, de modo a se falar que há um verdadeiro dever fundamental de pagar impostos⁷¹. Os deveres fundamentais, para Nabais – e que aqui se concorda – se configuram em uma categoria autônoma, relacionando a constituição dos deveres fundamentais com os direitos fundamentais.

É o que se destaca nas linhas seguintes:

Assim, no entendimento que temos por mais adequado, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucional própria. Uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (ativo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo.⁷²

71. Contudo, devido à formatação constitucional-tributária brasileira, não se fala em dever fundamental de pagar impostos, uma vez que no Balanço Orçamentário da União as contribuições sociais para a seguridade social superam o valor dos impostos em arrecadação, compondo, pois, o erário público. Renan Clemente Gutierrez já consignou que “O Brasil é uma das exceções onde o Estado Fiscal não é sustentado majoritariamente por impostos, mas sim pelas contribuições destinadas à seguridade social, conforme disciplinado pelo art. 149, da CF. A arrecadação das referidas contribuições no âmbito da União é maior do que a dos impostos”. *In: GUTIERREZ, Renan Clemente. A sistemática de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito dos tribunais administrativos tributários.* São Paulo: Editora Max Limonad, 2024, p. 26

72. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos direitos. *Revista Direito Mackenzie.* Vol. 3, n. 2., p. 9-30. Publicado em 22 de mai. 2015. Disponível em: A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos | Revista Direito Mackenzie, p. 15. Acesso em 01 de nov. 2025.

De acordo com Nabais, o pagamento de impostos (tributos, no Brasil) representa um preço (dever) que os cidadãos devem arcar para a gozarem da vida em coletividade, ou seja, contando com o plexo de direitos fundamentais⁷³.

Nessa mesma linha, ao comentar sobre o sistema tributário, Germana Gabriela Silva de Barros sintetiza que esse “consiste na arrecadação de fundos para proporcionar a receita necessária para possibilitar a execução das típicas funções estatais.”⁷⁴.

Mas, para fins desse artigo, é preciso entender a tributação como um método ortodoxo de intervenção do Estado na economia e na vida privada do cidadão. Essa intervenção deve observar o desenvolvimento socioeconômico sustentável para que o cidadão tenha uma existência digna, ressaltando que é distribuído na comunidade diante dos princípios tributários e das limitações constitucionais ao poder de tributar.

A respeito da relação entre tributação, livre iniciativa, e os objetivos voltados ao desenvolvimento socioeconômico sustentável e existência digna, Barros comenta que:

A Constituição de 1988 confere ao Estado diversos mecanismos para intervir no âmbito econômico como meio de alcançar os objetivos fundamentais da República para construir uma sociedade livre e justa, garantir o desenvolvimento social, erradicar a pobreza e promover o bem de todos, que pode ser exercido por meio da tributação.⁷⁵

As empresas, que se organizam objetivando o lucro (acompanhando a livre iniciativa), são elementares para o recolhimento das contribuições à seguridade social, para o Imposto de Rendas das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Mas, é preciso ter um olhar mais além do que a tributação: as empresas são indispensáveis para a geração de empregos e cumprimento do ditame da valorização do trabalho, o que observa sobremodo o princípio

73. NABAIS, ref. 6, p. 22.

74. BARROS, Germana Gabriela Silva de. Análise da intervenção estatal na economia e a eficiência da tributação. Atualidades da teoria jurídica de mercado. Coord. Vicente Bagnoli. Org. Paulo Henrique Gomiero. 1^a Edição. São Paulo: Scotercci, 2021, p. 168

75. BARROS, ref. 8, p. 163.

da existência digna, todos fundamentos da ordem econômica. Por isso, a afetação da livre iniciativa por meio da tributação deve ser vista com preocupação.

Também não deve a tributação criar desvios concorrenciais, privilegiando um determinado player em detrimento de outro. Como foi dito, a livre iniciativa depende da livre concorrência para que não cause distorções na economia, criando-se dominação de mercado e prejudicando o bem-estar do consumidor.

Os players de determinado ramo devem estar acobertados pelo mesmo tratamento tributário, para que as vantagens concorrenciais sejam oriundas da competência de prestação do melhor serviço/oferta do melhor bem, conjugada com o melhor preço. Esse é o cenário que cumpre com o princípio da defesa do consumidor, previsto no art. 170, V, da CF, comentado por Bagnoli nas linhas seguintes:

A defesa do consumidor se faz de forma direta, num contexto microeconômico e microjurídico, mas também de forma ampliada por meio da defesa da livre concorrência. Garantir a livre concorrência no mercado significa, numa perspectiva de análise, defender o bem-estar do consumidor, que sai beneficiado com produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos.⁷⁶

Deve-se evitar, portanto, tratamentos privilegiados para determinados contribuintes, o que tem alto potencial de macular a livre concorrência e prejudicar o bem-estar do consumidor, princípios entrelaçados. O tributo, como mecanismo de política fiscal, deve representar uma intervenção no patrimônio dos contribuintes para propiciar receitas para o Estado buscar o desenvolvimento econômico sustentável e existência digna, mas esse exercício deve ser isonômico, evitando-se que se produza um campo anti-concorrencial no mercado.

Desse modo, o tributo deve funcionar como instrumento de política fiscal observando trabalhar em prol da dignidade da pessoa humana, ou seja, observando aqueles objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal.

Há casos em que há substrato econômico na concessão de incentivos e benefícios fiscais para determinados agentes econômicos e/ou regiões,

76. Bagnoli, ref. 3, p. 198.

mas essa política deve ser acompanhada por estudos técnicos comprobatórios, avaliações periódicas etc., sob a pena de se configurarem vantagens para tais players em prejuízo dos demais.

Conforme sustenta Dilson José da Franca Júnior, a finalidade do tributo não é apenas a de arrecadar, mas também como política de interferência na atividade privada para que sejam alcançados os efeitos econômicos pretendidos, observando-se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Veja-se:

Pode ser dito que o Estado é o agente normativo regulador da atividade econômica, cabendo a ele as funções de fiscalizar, incentivar e planejar tais relações (CF. art. 174). (...) A finalidade do tributo vai além, por consequência, da mera arrecadação. A livre iniciativa e a livre concorrência não podem ser consideradas de modo isolado, mas sim conjugadas, organicamente, com os demais princípios correlatos previstos na Constituição.⁷⁷

Portanto, a tributação é um mecanismo para o Estado interferir na economia. Contudo, a qualidade dessa interferência fica a cargo da gestão governamental, que pode ou impulsionar o desenvolvimento ou tornar mais onerosa a atividade empresarial.

4. IMPOSTO SELETIVO E OS POSSÍVEIS IMPACTOS NA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

O Imposto Seletivo tem a função fiscal, pois parte de sua arrecadação é partilhada entre os entes, mas não há como se negar que também possui função extrafiscal relevante, pois busca estimular ou desestimular condutas. Confessa esse autor que, ao ouvir falar do Imposto Seletivo pela primeira vez, lembrou-se do Imposto sobre Produtos Industrializados (sobretudo as alíquotas do IPI sobre cigarros, com alíquota superior a 300% para desestimular o consumo). Mas, é importante destacar que ambos os tributos possuem suas diferenças centrais.

O IPI é um imposto sob o manto da seletividade por imposição constitucional (art. 153, I, §3º, CF), sendo a discricionariedade conferida ao le-

77. FRANCA JUNIOR. Dilson José da. Prevenção de desequilíbrios da concorrência a partir da tributação: uma análise do art. 146-A da Constituição Federal. Atualidades da teoria jurídica de mercado. Coord. Vicente Bagnoli. Org. Paulo Henrique Gomiero. 1ª Edição. São Paulo: Scotercci, 2021, p. 80-81.

gislador somente para fazer a graduação para aplicação as alíquotas sobre os produtos. A respeito da seletividade do IPI, Leandro Paulsen consigna que:

Certo é, em regra, que os produtos essenciais são consumidos por toda a população, e que os produtos supérfluos são consumidos apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto.

(...)

A fixação de alíquotas poderá desbordar da simples graduação segundo a essencialidade quando esteja inspirada na utilização extra-fiscal do tributo. Isso porque, nesses casos, a intenção é induzir ou inibir a produção de determinados bens.⁷⁸

No caso do Imposto Seletivo não é a essencialidade o comando, mas sim o desincentivo de bens e atividades que prejudiquem a saúde e/ou meio ambiente.

A diferença também repousa na afetação pela alíquota que grava a operação: no caso do IPI, a alíquota gravava todos os produtos industrializados segundo a Tabela de Incidência (TIPI), essenciais ou supérfluos. No caso do Imposto Seletivo, alcança apenas os bens e serviços tidos como nocivos, de modo que o empreendedor sujeito ao recolhimento do tributo terá diante de si uma nova realidade relacionada à carga fiscal.

4.1 Possíveis impactos na livre iniciativa

Com isso, é fato que o custo de transação das empresas será igualmente onerado, pois haverá afetação de sua margem de lucro. Nesse cenário, outra conclusão não há: ou a empresa repassa o ônus da tributação no preço, ou ela terá sua margem de lucro reduzida. Esses dois caminhos geram duas consequências lógicas:

O repasse no preço tenderá a aumentar o preço dos itens gravados pelo Imposto Seletivo, encarecendo-os. Com isso, tem-se que a medida poderá afetar o princípio do bem-estar do consumidor, sobremodo importante para a ordem econômica. Caso as empresas suportem a tributação com redução da margem de lucro (o que foge à própria lógica empresarial),

78. PAULSEN, Leandro. Impostos: federais, estaduais e municipais. Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.,p. 117 e 119.

haverá diminuição de disponibilidade econômica desses empreendedores.

Nessa última hipótese, caso efetivado o Imposto Seletivo e efetivamente cobrado, reduzindo a margem de lucro das empresas, o resultado poderá comprometer a valorização do trabalho e o princípio da ordem econômica denominado como “busca pelo pleno emprego” (art. 170, VIII, da CF), importante para a economia de mercado capitalista, conforme sustentado por Bagnoli nas linhas abaixo:

Por outro lado, pode-se interpretar a busca do pleno emprego como algo essencial à própria estrutura social capitalista, já que a partir da remuneração (salário) se constitui um mercado consumidor que faz a economia “girar”, ao mesmo tempo em que se viabiliza a vida em sociedade, na qual cada indivíduo é parte de um todo.

(...)

O Estado, respeitando o fundamento da ordem econômica da valorização do trabalho, deverá estruturar a sua política econômica de modo a viabilizar o trabalho para os indivíduos. A busca do pleno emprego, portanto, deve ser compreendida como os mecanismos colocados em prática pelo Estado para reduzir o desemprego e, assim, garantir o trabalho aos cidadãos, de modo que pelos proveitos de seu trabalho cada indivíduo tenha assegurada sua existência digna em sociedade.⁷⁹

Como último ponto, também não há como se negar a preocupação da incidência do Imposto Seletivo sobre pequenos agentes econômicos que, segundo a Constituição Federal, devem ter tratamento favorecido (art. 170, IX, CF), mas agora podem estar diante de mais um ônus fiscal e novos desafios concorrenciais pela frente.

Logo, o Imposto Seletivo pode afetar a livre iniciativa por aumentar o custo de transação das empresas e criar obrigação (onerosa e burocrática) para o empreendedor, que deverá se organizar para lidar com ela sem que ela afete os postos de emprego de seu empreendimento (em termos quantitativos e qualitativos), bem como para impactar menos possível o consumidor com o repasse do preço nos produtos/serviços.

79. BAGNOLI, ref. 3, p. 200/201.

4.2. Possíveis impactos na livre concorrência

Fora o possível aumento de tributação por meio do IVA-Dual, sobretudo para o grande setor de serviços, também alguns empreendedores deverão lidar com o Imposto Seletivo, que comporá esse aumento de carga tributária. Mas, igualmente, o Imposto Seletivo apresenta grave risco à concorrência, pois ao gravar operação com bens e serviços determinados, poderá acarretar a migração do consumo para bens similares não gravados pelo tributo.

Por exemplo: não poderia haver a migração do consumo de refrigerantes (bebidas açucaradas) para similares (sucos não açucarados, mas igualmente industrializados)? O produtor de sucos industrializados não teria, então, vantagem para concorrer com o produtor de refrigerantes (e até mesmo sucos açucarados)? Nesse caso, os produtores de bebidas açucaradas deverão observar não apenas os preços praticados pelos seus concorrentes diretos, mas também pelos produtores de sucos industrializados não açucarados, para que não venham a perder competitividade de seu público consumidor com esses produtores.

Em síntese: é a possibilidade de substituição do consumo por conta do preço praticado.

Nesse caso, o preço do produto ofertado pelos produtores de bebidas açucaradas é afetado pelo Imposto Seletivo. É nesse ponto que entra o conceito de mercado relevante material, fundamental para entender como o Imposto Seletivo pode afetar a concorrência. Bagnoli, a esse respeito, consigna que:

As diversas características dos produtos e serviços e o modo como os consumidores percebem a capacidade de utilização desses produtos e serviços concorrem para a determinação do mercado, ou dos mercados, nos quais os produtos são vendidos e os serviços prestados.

(...)

Pegam-se como exemplo, aguardentes produzidas em diversos alambiques e de marcas distintas e concorrentes entre si. Cada aguardente, apesar de suas características comuns, é diferente, possuindo cada qual uma especificidade que a diferencia das demais: seja a qualidade, seja apenas a marca o preço. Os alambiques fazem publicidade para destacar essas diferenciações e assim cativar seus consumidores

e poder praticar preços mais altos. Apesar de os consumidores não estarem dispostos a trocar suas aguardentes favoritas, eles consideram as diversas marcas de aguardente substitutas entre si, em razão da utilização e do preço.

Conduto, muitos consumidores de aguardente podem considerá-la um sucedâneo de outras bebidas alcoólicas, como a vodka, a grappa o saquê, por exemplo. Nesse caso, o produtor de aguardente deverá considerar não apenas o preço praticado por outros produtores de aguardentes, mas também o preço das outras bebidas alcoólicas tidas pelos consumidores como substitutas.⁸⁰

Além do mercado relevante material, também o Imposto Seletivo poderá acarretar consequências dentro da lógica do mercado relevante geográfico, compreendido como aquele local de onde provém os produtos. Evidentemente que o raciocínio aqui registrado é fruto de abstração desse autor, mas merece reflexão.

Tudo depende da formatação empresarial do ambiente geográfico específico, pois um determinado player, situado em uma região com pouca concorrência, poderá se aproveitar do Imposto Seletivo para aumentar o preço de seus produtos além do repasse do tributo no preço. Nesse jaez, o imposto não é o objeto do aumento de preços, mas um pressuposto.

Nesse cenário, o consumidor ficaria de mãos atadas para optar por outro fornecedor do produto almejado ou substituto (não tributado pelo IS, conforme ilustrado no mercado relevante material). O custo do produto fora da região pode ser menor, mas, devido aos custos de transporte e transação, poderiam chegar mais caros ainda à localidade, o que não lhe socorreria. Para Bagnoli, o mercado relevante geográfico:

É o espaço físico, a área onde as relações concorrenciais em análise se realizam. Nessa área, o agente econômico pode aumentar seus preços e, mesmo assim, não perder um número significativo de clientes, caso em que os consumidores não possam utilizar um fornecedor de sucedâneos, nem exista a concorrência de outros produtores de sucedâneos instalados fora daquela área que ingressariam maciça-mente no mercado geográfico em questão.⁸¹

80. BAGNOLI, ref. 1, p. 358.

81. BAGNOLI, ref. 3, p. 367.

Os empreendedores devem, portanto, entender uma possível redefinição do mercado para enfrentarem mais essa dificuldade criada pelo próprio Estado (um tributo que almeja afetar operações). Como dito anteriormente, reduzir a margem de lucro foge à lógica da própria atividade empresarial, ao passo que repassar o tributo no preço pode afetar o bem-estar do consumidor⁸².

De todo modo, s.m.j., observar o preço praticado por novos competidores (similares) é uma realidade de redesenho do mercado, e não se sabe ao certo como isso funcionará na prática. Também é uma realidade entender as especificidades do espaço geográfico para a atividade empresarial, pois agentes econômicos isolados podem se valer do tributo para aumentar a margem de lucro, prejudicando a concorrência dos players de fora da região (gravados ou não pelo tributo) que queiram competir pelo público consumidor.

Nesse átimo, tem-se que o Imposto Seletivo tem a tendência de afetar a livre iniciativa e a livre concorrência, institutos que observam a dignidade da pessoa humana, não se olvidando que os fundamentos e princípios do art. 170 da Constituição, dentre os quais se destacam tais institutos, são meios (dentre outros) pelos quais a ordem econômica se preordena a garantir os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF).

Esse artigo é finalizado com uma importante consideração de Bagnoli, para quem “toda atividade econômica, seja pública ou privada, deve ser exercida na busca da existência digna de toda a coletividade”⁸³.

NOTAS DE CONCLUSÃO

As notas conclusivas desse artigo são breves. No capítulo primeiro, foram apontados os principais elementos que compõem o Imposto Seletivo. No capítulo segundo, foram abordados os institutos da livre iniciativa e da livre concorrência, demonstrando que são institutos intimamente

82 O encarecimento de produtos em virtude da intervenção do Estado na economia por meio da tributação foge também à lógica da livre concorrência, que observa os benefícios ao consumidor e, nesse sentido, pretende a garantia da existência digna. Bagnoli: “A concorrência, ao promover o desenvolvimento dos mercados, beneficia os consumidores, como também aprimora a economia de um país para ingressar e permanecer competitiva no mercado externo, sobretudo em tempos de globalização.”. In: BAGNOLI, ref. 3, p. 335.

83. BAGNOLI, ref. 1, p. 194.

relacionados, decorrentes da lógica da economia de mercado capitalista brasileira.

No capítulo terceiro, abordou-se a relação entre a tributação e ambos os institutos, de modo a demonstrar que a tributação é um meio de intervenção do Estado na economia, podendo afetar a livre iniciativa e a livre concorrência. Demonstrou-se, ainda, que esse tripé, além de observar o bem-estar do consumidor, deve objetivar o desenvolvimento socioeconômico sustentável, pautado na existência digna.

No derradeiro capítulo (quarto), apontou-se que o Imposto Seletivo tem a potencialidade de interferir nos ditames da livre iniciativa e da livre concorrência negativamente, uma vez que gravará operações de determinados agentes econômicos, aumentando os custos da operação, reduzindo margem de lucro ou os obrigando a repassar o tributo no preço, encarecendo-os e reduzindo o bem-estar do consumidor.

Cumpre assinalar, nessas notas conclusivas, que foi demonstrado que o Imposto Seletivo pode afetar a livre concorrência, pois há possibilidade de migração de consumo em virtude do mercado relevante material ou do mercado relevante geográfico, institutos de direito concorrencial.

REFERÊNCIAS

- BAGNOLI, Vicente. Direito econômico e concorrencial. 9^a edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- BARROS, Germana Gabriela Silva de. Análise da intervenção estatal na economia e a eficiência da tributação. Atualidades da teoria jurídica de mercado. Coord. Vicente Bagnoli. Org. Paulo Henrique Gomiero. 1^a Edição. São Paulo: Scotercci, 2021.
- FRANCA JUNIOR. Dilson José da. Prevenção de desequilíbrios da concorrência a partir da tributação: uma análise do art. 146-A da Constituição Federal. Atualidades da teoria jurídica de mercado. Coord. Vicente Bagnoli. Org. Paulo Henrique Gomiero. 1^a Edição. São Paulo: Scotercci, 2021
- GOUVÊA, Justine Hartmann Rio Branco Nabuco de. Verbete Livre Concorrência. Dicionário jurídico constitucional. Org. por Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Juciléia Lima/Max Limonad: São Paulo, 2022.

GUTIERREZ, Renan Clemente. A sistemática de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito dos tribunais administrativos tributários. São Paulo: Editora Max Limonad, 2024.

HARADA, Kiyoshi. Comentários à reforma tributária aprovada pela EC nº 132/2023: artigo por artigo. 1^a ed. São Paulo: Rideel, 2024.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos direitos. Revista Direito Mackenzie. Vol. 3, n. 2., p. 9-30. Publicado em 22 de mai. 2015. Disponível em: A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos | Revista Direito Mackenzie. Acesso em 01 de nov. 2025.

PAULSEN, Leandro. Impostos: federais, estaduais e municipais. Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 10^a ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

XI

O CRIME HOJE

THE CRIME NOWADAYS

Ricardo Mariz de Oliveira⁸⁴

Resumo: Breve artigo que aborda reflexões do autor sobre o crime atualmente.

Palavras-chave: Crime. Justiça. Prisão. Reflexos sociais.

Abstract: Short article that carry the author reflections about the crime nowadays.

Keywords: Crime. Justice. Prison. Social reflects.

Uma das questões mais controversas da atualidade refere-se à Segurança Pública. Ideias, conceitos, sugestões foram expostos analisados no campo teórico para se tentar minimizar uma caótica e sempre agravada situação. No entanto, a angústia social permanece ou melhor cresce.

As bem formuladas teorizações sobre o problema acabam por se situar no campo acadêmico e na prática terminam sempre de uma única forma, a repressão violenta e por vezes, inúmeras vezes letal.

A prisão há anos é considerada a panaceia para os males do crime. Prende- e se dá à sociedade a ilusão de que o dever foi cumprido. Uma verdadeira cortina de fumaça lançada para encobrir uma realidade marcada pela absoluta incompetência estatal.

É de clareza meridiana a inoperância do cárcere como fator do enganosamente chamado “combate” ao crime.

O tratamento dado pela mídia ao fenômeno criminal é inadequado, ilegal chegando a ferir a Constituição da República. Em razão do seu poder de penetração, ela alcança espaços não atingidos pela escola.

Na realidade, a imprensa escrita, falado e televisionada estão criando uma cultura repressiva voltada para a vingança, para a intolerância raivosa, para o desprezo pelos direitos individuais e pela dignidade pessoal.

84. Advogado criminalista.

A sua visão pragmática e argentária fez com que transformasse o ato delituoso em um espetáculo. A teatralização atrai IBOPE e faturamento oriundo do patrocínio.

Como está gravado no (in) consciente coletivo que o cárcere é o único caminho para o “combate” à criminalidade, a sociedade passou a clamar por cadeia e só por ela. Não decretada a prisão a mídia ataca o Judiciário, acusando-o de inoperante, moroso, responsável pela impunidade. O Estado, por sua vez, não investe na liberdade, para preparar o egresso, mas sim apenas na construção de presídios

A inocuidade da prisão para evitar a prática delitiva é uma verdade incontestável. Ela é decretada e executava após o crime haver sido praticado, portanto não o evita. Ademais, não intimida. Setenta por cento dos que estão hoje encarcerados, lá já estiveram e voltaram a ser hóspedes de nosso deplorável sistema penitenciário. Não se intimidaram.

Parece que a prisão é a saída mais cômoda. Ela tornou-se uma cortina de fumaça para encobrir a ineficácia do Estado e aplaca a consciência dos responsáveis, dando a falsa impressão de estarem cumprindo as suas obrigações. Há alternativas para o encarceramento. No entanto, elas não são utilizadas como deveriam. Cede-se ao clamor social.

Como a resposta ao crime é após ele haver sido cometido, nós precisamos com urgência detectar e analisar as causas do delito. Historicamente nunca entramos no campo dos motivos que levam um número não pequeno de brasileiros a optar pela senda do delito. Antes do crime, episódico ou não, já haviam cometidos pequenos desvios de conduta como fruto da cultura da desobediência impregnada, desde a colônia, em nosso cotidiano. O folclórico jeitinho brasileiro, por vezes resvala no crime.

O agravamento dessa criminalidade reside, hoje, na desumanidade do criminoso. Constitui para mim um enigma. Porque os que praticam delitos se tornaram tão cruéis e desumanos. É claro que esse fato vem seguindo a violência sem causa que tem assustadoramente ocorrido nas relações sociais de toda espécie, de qualquer lugar e condição social. No emprego, na família, nas ruas, dentro das casas, nas favelas e nos jardins. Não mais há tolerância há rancor e desamor.

Reluta-se em admitir que a trágica desigualdade social, provocada basicamente por uma elite egoísta e predatória, há séculos, tornou-se fator decisivo de criminalidade. A sociedade e o Estado não admitem esse fator para evitar a assunção de responsabilidades.

Por outro lado, os crimes que ficam na órbita do mundo financeiro e tributário e os que

atentam contra a economia pública ou privada apresentam raízes ligadas à cobiça, à ganância e ao egoísmo. O chamado delito do colarinho branco, atualmente, rivaliza em quantidade e gravidade com as lesões provocadas com o delito violento. Os bens atingidos são diversos, mas ambos relevantes.

O desprezo pelas causas do crime nos apresenta um significativo exemplo de quanto foi e está sendo estimulador ao seu aumento.

Tivéssemos nós dado apoio e cuidado dos menores carentes, na década de setenta quando surgiram os trombadinhas, talvez não teríamos os trombadões que se transformaram nos chefes do crime organizado.

Crianças e adolescentes começaram a nos preocupar quando passaram a nos atacar. Até então estavam amargando as suas crueis carências debaixo das pontes, viadutos, túneis e praças públicas. Solitários, sujos, ignorantes, sem afeto, tinham como alimentos os restos e a água dos esgotos para saciar a sede e lavar-se.

Esse dramático quadro despertou, à época, o interesse de autoridades em vários Estados do país. Agiram. Agiram para afastar o problema. Resolveram maquiar de forma indecente e desumana a questão.

Em São Paulo, um Secretário de Segurança Pública encheu dezenas de ônibus e mandou as crianças e adolescentes para a cidade de Camanducaia, no interior de Minas. Problema dos Mineiros. As Praças da Sé, República e tantas outras estavam higienizadas.

Aliás, a sua conduta repercutiu até hoje, como exemplo. Atualmente, os moradores de rua que dormem em suas “habitações” da Sé, são recolhidos pela manhã com suas barracas ou meros colchões para voltarem à noite. Durante 12 horas a Praça de nossa estupenda Catedral fica plasticamente encantadora novamente. No entanto, o símbolo da crueldade, com

a sua volta durante a noite já está no marco zero da cidade impregnado de forma indelével.

Em Minas, também nos anos setenta, creio Belo Horizonte, as crianças e jovens menores foram também recolhidos e confinados em camburões, levados longe. Espero que ao menos puderam se tornar adultos...

A ação em Minas foi documentada pela imprensa. Há uma foto da época que muito ne chocou: uma criança estava no colo de um policial sendo conduzida ao camburão usando chupeta.

O abandono das causas e a utilização da prisão como panaceia e única resposta para o crime são, na verdade fatores de incentivo, estímulo e apoio à criminalidade.

Pode-se concluir, caso comigo se concorde, que o relevante é punir e não evitar o crime, pelo menos para uma larga corrente impregnada pela dominante cultura punitiva, influenciada pela mídia.

Grande incentivadora dessa cruzada meramente punitiva, voltada para o castigo e para a vingança é a mídia. Ela em nosso país, e no mundo, tem constituído um fator de avanço civilizatório, democrático, denunciador das mazelas públicas e privadas, portanto, inestimável, absolutamente imprescindível para que melhoremos como país e como mundo.

Uma ressalva, no entanto, parece-me cabível, situa-se exatamente, no campo do crime. Não há dúvida de que a imprensa escrita, virtual, radiofônica, televisionada, constituem um dos mais eficientes fatores de aculturação do nosso tempo. Ela penetra, como disse, aonde a escola não chega. O homem moderno parece ter se tornado um refém da imagem. Aquilo que é divulgado e mostrado é por ele aceito, pois penetra em seu íntimo, sem que faça qualquer análise. Simplesmente aceita.

No caso do crime a mídia não se limita a informar, acusa. Não admite defesa, condena. Não quer processo deseja punição. Parte dela, a sensacionalista, está sempre à cata do negativo, do destrutivo, apenas com relativo compromisso com a ética, e com a própria verdade.

Ao encestarem as suas luzes, câmeras e microfones contra alguém desejam colocá-lo à execração pública, sem processo e sem defesa.

São fatos lançados mesmo sem prova, acompanhados da criminosa exibição de meros suspeitos. Esses passam a carregar um estigma indelé-

vel. Verdadeira pena cruel perpétua. A Constituição proíbe expressamente as penas cruéis e perpétuas. Como direito individual afirma ainda que a punição não passará da pessoa do apenado. No entanto, como óbvio a exploração midiática do suspeito e de seu apontado crime traz consequências brutais para os que o cercam.

As crianças são o alvo central de um marcante sofrimento, na escola. Um meu ex cliente teve a sua imagem estampada nem um quadro negro, vestido de prisioneiro. O local da lousa era a sala de aula de um de seus filhos. Isso ocorreu em algum ano do primário. A crueldade por vezes também se manifesta na infância.

A criminalidade foi transformada pela mídia ela em espetáculo. Escolheu a tragédia do crime e a transfigurou. Passou a retirar vantagens financeiras das ações predatórias do homem que lesam o próprio homem. O IBOPE e o faturamento passaram a ser as suas preocupações. Não trata o crime, como deveria fazê-lo, de forma didática, pedagógica. Isso é, não examina as razões do delito cometido. Não verifica as suas causas, o local em que foi praticado, as suas circunstâncias, a eventual influência da vítima. Nada explora, apenas as imagens de sua ocorrência e do indigitado autor. Deveria atuar de outra forma e não meramente exibicionista, até para procurar evitar a sua repetição.

Devemos lembrar ainda o papel da sociedade dentro do fenômeno criminal. Em primeiro lugar, como já dito ela apenas exige o encarceramento do suposto autor. Esquece-se, no entanto, que esse preso um dia saíra do cárcere. Em razão das péssimas condições do nosso sistema prisional, com certeza saíra com uma carga criminal maior do que a anterior, caso a tivesse.

Para se ter uma visão abrangente do fenômeno criminal, é imprescindível que se remonte à épocas distantes, nas quais estão assentadas as raízes da criminalidade em nosso país. Trato aqui da violenta e daquela não cruenta.

Tradicionalmente, a elite brasileira sempre entendeu o crime como uma conduta própria e quase exclusiva das classes menos privilegiadas. Na pobreza, na escravidão, nos excluídos enfim era onde ele surgia e germinava.

Esta elite estava isenta de sua prática e, principalmente, de sua responsabilização. Para os outros o rigor da lei, para ela a complacência, a compreensão e o perdão.

A sociedade rural, patrimonialista e patriarcal fechada em seus casulos impenetráveis sempre foi agente de crime, que vitimava os seus escravos e subordinados. A escravidão, ela por si um crime lesa humanidade. Com o surgimento de uma burguesia surgiram os delitos relacionados aos negócios de um modo geral. Paralelamente, as esferas públicas começaram a abraçar a corrupção que se alastrou de forma incontida. Foi em um crescendo assustador tornando-se um cancro na vida da Nação.

Mesmo durante todo um longo período, continuou-se a punir, quase com exclusividade o crime praticado pelos segmentos mais carentes. Na visão elitista, a sociedade foi dividida em duas partes, uma considerada sadia, que nada ou pouco agredia a comunidade e se caso cometesse delito ficaria impune. A outra, aquela impregnada pelo vírus criminal, estaria como sempre esteve sujeita ao rigor da lei e ao castigo vingativo.

Com o passar do tempo verificou-se a grande incidência de crimes praticados pelas chamadas elites, especialmente as dirigentes e as elites financeiras.

Na realidade, esquece-se de forma deliberada que o crime é um fenômeno humano e social, e atinge todos os escalões. Obvio que os componentes dos segmentos mais afortunados sempre estiveram integrando o rol de criminosos. Do Basil colônia ao dos nossos dias a suas condutas, de formas e aspectos diversos, romperam as barreiras da ética, da moral, e do ordenamento jurídico lesando bens e interesses individuais e coletivos.

Saliente-se, o comportamento delituoso das elites se espalha como mau exemplo contagiente atingindo aqueles que em princípio não haviam sido contaminados pelo crime. O efeito desse contágio é a descrença, o sentimento de abandono e, especialmente, a perda de referenciais éticos.

O grande penalista Manoel Pedro Pimentel usava uma feliz expressão para expressar a contaminação da criminalidade do chamado colarinho branco junto à sociedade. Ele a chamava de “contágio hierárquico da criminalidade.” Esse fenômeno pode ser resumido à fórmula: se os das altas esferas delinquem, por que os menos privilegiados não

Podem fazê-lo.

O crime não é uma entidade que se situa à margem da sociedade. Está no seu âmago, dela faz parte, por ela é gerado, e nela produz os seus efeitos. Desta forma, o pensar sobre o crime implica necessariamente no pensar a sociedade, como um todo, tentando nela alcançar as causas e o encaminhamento das soluções.

As mudanças sofridas pela sociedade brasileira nas últimas décadas provocaram alterações substanciais no nosso modo de ser individual e no perfil da própria coletividade.

Em um passado não distante homens desprovidos de formação cultural e de bens materiais, empenhados em ofícios artesanais, mas possuidores de qualidades de caráter e de personalidade eram respeitados e considerados “homens de bem”. Cultivavam valores do humanismo, do respeito pelo próximo, da solidariedade e guiavam sua conduta por eles.

Hoje esses valores foram substituídos pelos atributos relacionados com o protagonismo social e especialmente com o amealhar bens materiais. Em verdade, o ter substituiu o ser. Importa sim possuir e não agregar qualidades pessoais, sejam elas de que natureza foram.

São postos à margem da tábua de valores sociais aqueles que sempre formaram as bases éticas e morais de nossa estrutura. Ao lado da trágica desigualdade social dão frutos e germinam as raízes daninhas da corrupção e da violência, assim como inexistem mecanismo de amparo aos desvalidos.

Em razão da ganância e do ter como valor, nos foi imposto um modelo de organização capitalista tecnocrática financeira, que é considerado a força motriz da sociedade. A ideia de que a economia constitui um fim em si mesma vigora como um dogma. Ela não é posta como um meio para o desenvolvimento do homem. Há uma crença inabalável na eficiência do mercado, nas vantagens da especulação financeira e na supremacia do capital, que preponderam sobre os valores do humanismo e do espírito.

A corrupção, a violência, a miséria, a exclusão social, um cínico desrespeito aos valores éticos e morais possuem suas raízes em uma cultura individualista que se colocam distantes dos interesses sociais, do bem comum e da solidariedade.

Por se falar em solidariedade, nessa cultura argentaria ela está perdendo espaço. O aprimoramento intelectual e espiritual foi substituído pela ânsia de aquisição de bens, de consumo e de protagonismo social. Bem comum, interesse coletivo passaram a ser meras figuras e retórica. Essa postura personalista avulta o ser humano, pois amortece a sua maravilhosa capacidade de amar ao próximo e o condena à mais cruel das penas, que é a solidão.

Priorizar o ter em detrimento do ser provoca uma sensação de abandono e de injustiça, esgarça o senso ético e deteriora os freios inibitórios. Não raras vezes conduz ao crime, especialmente se acumuladas às nossas vergonhosas carências sociais.

Há de se anotar que as gerações mais novas muitas vezes despojadas de valores éticos, culturais que nem sequer lhes foram transmitidos, possuem uma tendência quase irrefreável para desrespeitar e desprezar desde as normas mais comezinhas de civilidade até o bem supremo que é a vida humana.

Cumpre realçar algumas peculiaridades dos nossos sistemas de justiça e carcerário. Do primeiro destaco a ausência de critérios claros para a aplicação da pena privativa de liberdade; a timidez em aplicar penas restritivas de direitos; alheamento de juízes e promotores em relação à realidade social que os cerca; a inexistência de uma política carcerária que retire o preso da ociosidade e o prepare para a vida em liberdade; carência de adequadas assistências jurídica, médica, e outras carências não supridas.

Na verdade, a mesma sociedade que clama por prisão não se importa com a situação caótica dos presídios e nem pensa em mecanismo de amparo e ajuda ao egresso. O detento despreparado, sem profissão, encontrando a família desagregada ao sair do cárcere poderá se tornar mais agressivo e perigoso do que quando entrou. Ele deveria ter a nossa atenção senão por uma questão humanitária ao menos por egoísmo e autopreservação.

Ao terminar esse singelo texto, honrado que estou pelo convite do eminente advogado e professor Kiyoshi Harada quero lembrar que o crime é um fato social e humano. Como tal, em tese, nos submete à possibilidade de virmos, qualquer um de nós, a cometê-los e nos vermos sentados nos

bancos dos réus. Havendo ou não, praticado delito; culpados ou inocentes, mas réus. Assim, é essencial que tenhamos presentes o respeito às garantias constitucionais, pois a voz do jurisdicionado que na verdade é a voz do advogado que fala por ele.

XII

CRIME ORGANIZADO, NARCOTERRORISMO E A (DES)ORDEM ESTATAL: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI ANTIFACÇÃO E DA CRIMINALIDADE DE COERÇÃO TERRITORIAL

ORGANIZED CRIME, NARCOTERRORISM AND (DIS)STATE ORDER: A CRITICAL ANALYSIS OF THE ANTIFACTION LAW AND TERRITORIAL COERCION CRIMINALITY

Warley Belo⁸⁵

Resumo: O estudo analisa o fenômeno das facções criminosas brasileiras (em especial o Comando Vermelho). Sustenta-se que a tipificação vigente não as conceitua adequadamente: tais grupos apresentam normatива local, gregarismo e domínio armado. Propõe-se a categoria “criminalidade de coerção territorial”, situada entre o crime organizado clássico (Lei 12.850/2013) e o terrorismo (Lei 13.260/2016), em regra inaplicável às facções por ausência de motivação e finalidade legalmente exigidas. À luz de Hobbes, Rousseau e Weber, demonstra-se que não há perda de soberania nem substituição do Estado nos territórios; há fragmentação de legitimidade e presença estatal episódica. Evidencia-se a insuficiência de incursões policiais sem pós-ocupação. Critica-se o punitivismo performático (leis simbólicas, aumento de penas, flexibilização de garantias) e o PL 5.582/2025 (“Antifacção”), que amplia medidas assecuratórias e mecanismos de exceção sem atingir o motor econômico das facções. Defende-se a reorientação para inteligência financeira com rastreio do beneficiário final, governança prisional anticontágio, respeito a princípios constitucionais e integração federativa para pós-ocupação contínua. Conclui-se que novas leis tendem a replicar o ciclo performático, com baixo impacto sobre facções e desestruturação sistemática do Direito Penal.

85. Advogado Criminalista (OAB/MG 71.877), Mestre em Ciências Penais (UFMG), Especialista em Psiquiatria (IPq/FMUSP), Ex-Presidente da OAB/MG - Subseção Venda Nova (2021–2024). E-mail: warleybelo@adv.oabmg.org.br.

Palavras-chave: facções criminosas; coerção territorial; crime organizado; terrorismo; PL 5.582/2025 (Antifacção); garantismo penal.

Abstract: The study examines the phenomenon of Brazilian criminal factions (notably the Comando Vermelho). It argues that current statutory typification does not adequately conceptualize them: such groups display local normativity, gregarious cohesion, and armed dominance. The paper proposes the category of “territorial coercion on criminality,” situated between classic organized crime (Law 12,850/2013) and terrorism (Law 13,260/2016), which is generally inapplicable to factions due to the absence of the legally required motivation and purpose. In light of Hobbes, Rousseau, and Weber, it shows that there is neither a loss of sovereignty nor a substitution of the State in faction-controlled territories; rather, there is fragmented legitimacy and episodic state presence. The insufficiency of police incursions without post-occupation is highlighted. The study criticizes performative punitivism (symbolic claws, sentence inflation, flexibilization of guarantees) and Bill 5,582/2025 (“Anti-Faction”), which expands precautionary measures and exceptional mechanisms without targeting the factions’ economic engine. It advocates a reorientation toward financial intelligence with ultimate beneficial owner tracing, anti-contagion prison governance, respect for constitutional principles, and federative integration for continuous post-occupation. It concludes that new laws tend to replicate the performative cycle, with low impact on factions and systematic erosion of Criminal Law.

Keywords: criminal factions; territorial coercion; organized crime; terrorism; PL 5,582/2025 (Antifaction); penal garantism.

Sumário: 1. Introdução e tese 2. Marco jurídico essencial inexistente: a zona cinzenta 3. Soberania fragmentada? Hobbes, Rousseau, Weber, Canotilho e a realidade brasileira 3.1. Hobbes: do estado de natureza à paz civil pelo Leviatã 3.2. Rousseau: contrato social e liberdade civil 3.3. Weber: monopólio legítimo da força e aceitação da dominação 3.4. Canotilho: elementos constitutivos — povo, território, soberania 3.5. Realidade brasileira: Estado paralelo e micro-soberanias? 4 Política criminal: legislação criminal de emergência 5 Economia do crime e lavagem de dinheiro 6 Conclusão 7 Síntese das conclusões 8 Referências bibliográficas 9 Legislação e atos normativos

1. INTRODUÇÃO E TESE

A megaoperação policial realizada em 28 de outubro de 2025, nos complexos da Penha e do Alemão, evidencia mais uma vez que o Estado possui inteligência tática para incursões episódicas em áreas sob domínio faccional, mas carece de uma macropolítica capaz de assegurar presença contínua com efetiva solução do problema. A busca por resolução rápida, mágica e definitiva acabou por nos trazer de volta a discussão do quase centenário problema da criminalidade faccional do Rio de Janeiro. Qual o caminho correto para debelar um fenômeno estrutural de décadas?

Partimos da definição do conceito de crime organizado e já encontramos aí o primeiro obstáculo, pois o quadro fático do Comando Vermelho com suas características marcantes de territorialidade e corrupção endêmica com o Estado ultrapassam o “crime organizado” típico da Lei 12.850/2013. Por outro lado, não se enquadra também, pelo caminho inverso da estrita legalidade, no conceito de terrorismo da Lei 13.260/2016. As zonas de domínio espacial estável pelas facções se caracterizam pela imposição denormatividade local, captura de serviços à população e coerção político-coletiva. Nesse contexto, fomos levados a pesquisar do conceito à questões se se tratava de uma atividade para-estatal ou se comprometia de alguma forma a soberania nacional. Entrando em questões de comportamento social na criminologia, observamos a resposta institucional comum da “esquerda punitiva” e da “direita autoritária” pautadas pela violência institucional, legislativa ou fática a exemplo da megaoperação. Na esteira desses pensamentos, há a flexibilização de garantias e baixa intervenção estrutural.

O Brasil não convive com arranjos para-estatais ou perdeu a soberania nos locais ou de terroristas. Trata-se um discurso de medo, cuja consequência imediata é a diminuição das garantias constitucionais individuais promovida por legislação de pânico. Há coerção territorial (narcoterritorialidade) que não cabe na Lei 12.850 nem no conceito legal de terrorismo (Lei 13.260). Propõe-se a categoria analítica de criminalidade de coerção territorial para descrever a atuação do Comando Vermelho, de características e enfrentamento peculiares.

2. Marco jurídico essencial inexistente: a zona cinzenta

A gênese do problema remonta à convivência carcerária entre presos políticos e comuns no Instituto Penal Cândido Mendes (Ilha Grande/RJ), nas décadas de 1950–1960, portanto há quase 80 anos. Estruturaram-se hierarquias, princípios de convivência, mecanismos de financiamento para aquisição de armamentos e redes de corrupção. O surgimento da Falange Vermelha (matriz do Comando Vermelho) evidencia uma filiação indireta ao próprio Estado: prisões superlotadas, desorganizadas, violentas e desproporcionais converteram a execução penal em fator de agregação e solidariedade - e não em reintegração social, como determina a Lei de Execução Penal. Ao longo de décadas, o descontrole repressivo tornou-se cada vez mais violento, alimentando indignação institucional. Diante da ausência de perspectivas de solução estrutural, o Estado passou a acionar legislação de emergência e punitivismo performático.

Partindo desse quadro, o primeiro passo da investigação é o exame da legislação vigente: qual é o conceito de “organização criminosa” e em que medida ele se amolda às facções?

O Decreto Nº 5.015/2004 promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como a Convenção ou Protocolo de Palermo, em seu artigo 2 alínea “a” dispõe a terminologia:

“Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;”

A Lei 12.850/2013 definiu mais detalhadamente o que seja organização criminosa, mas nessa mesma linha de associação estruturada aumentando, entretanto, o número mínimo de três para quatro ou mais pessoas, caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informal, visando obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 anos ou de caráter transnacional. Nos termos do art. 1º:

“§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: (...) II – às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela Lei 13.260/2016).”

Trata-se de um tipo “ônibus”: sua elasticidade permite abarcar desde esquemas empresariais desviados (p. ex., fraudes tributárias/ambientais, corrupção, contrabando) até arranjos narcoterritoriais. Justamente por isso, o conceito diz pouco sobre fenômenos com marcas de controle especial e social local. Abarcar empresa delitiva e facção territorial no mesmo enunciado normativo contraria lógica conceitual.

Essa insuficiência sugere examinar, pois o tipo de terrorismo (Lei 13.260/2016) como possível parâmetro diferenciador.

A mídia tem difundido a expressão “narcoterrorismo”, adotada tanto por discursos punitivistas de esquerda quanto pela direita autoritária, mas o rótulo não encontra tipificação legal própria no ordenamento brasileiro. Historicamente, o terrorismo figurava no art. 20 da Lei nº 7.170/1983 (antiga Lei de Segurança Nacional, revogada pela Lei nº 14.197/2021). O dispositivo era genérico e listava condutas violentas qualificando-as como “atos de terrorismo” sem definição:

“Art. 20, LSN/1983 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.”

Parte da doutrina considerava suficiente a finalidade específica expressa de “inconformismo político” ou “obtenção de fundos” para organizações políticas clandestinas/subversivas, especialmente quando lida em conjunto com o art. 1º da mesma lei, que elencava os bens jurídicos da segurança nacional:

“Art. 1º, LSN/1983 - Esta Lei prevê crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:

I - a integridade territorial e a soberania nacional;

II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.”

Em síntese, a conjugação dos artigos 20 e 1º identificava o terrorismo como violência finalisticamente dirigida contra bens da segurança nacional, por inconformismo político ou financiamento de organizações políticas clandestinas/subversivas. A competência para tais delitos, à época, era da Justiça Militar (art. 30, CPPM).

Com a Lei 13.260/2016 (março de 2016), passou-se a disciplinar o terrorismo como a prática de ações por razão de xenofobia, discriminação ou preconceito⁸⁶. Exige-se também a finalidade específica: provocar terror social ou generalizado. Houve, portanto, uma maior especialização do conceito que traz segurança jurídica: a antiga referência a “inconformismo político” ou “obtenção de fundos” (da lei revogada) era muito ampla. O art. 2º dispõe:

“Art. 2º - O terrorismo consiste na prática, por um ou mais indivíduos, dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo a pessoa, o patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais,

86. Questão paralela relevante decorre do julgamento, em 2019, da ADO 26 e do MI 4.733 pelo STF, que equiparou **homofobia** e **transfobia** ao **crime de racismo**. Em tese, poder-se-ia indagar se a **motivação discriminatória por orientação sexual e identidade de gênero** preencheria o requisito motivacional do art. 2º da Lei 13.260/2016 (terrorismo), desde que presentes os demais elementos. Entretanto, a melhor leitura é a de que a decisão do STF **limitou-se ao âmbito do racismo**; sua **transposição** para o tipo penal de terrorismo configuraria **analogia in malam partem**, vedada pelo **princípio da legalidade**, que exige **lei específica e explícita** para criação/expansão de crimes.

religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.”

A finalidade específica (“provocar terror social ou generalizado”) pode, em tese, aparecer em dinâmicas de narcocriminalidade; contudo, há uma barreira intransponível quando a motivação é “por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião”. Em regra, o crime organizado não ostenta essas motivações por terem escopo financeiro, precipuamente. Assim, o conceito típico de terrorismo no Brasil é de restritiva e específica motivação afastando-se dos móveis faccionais.

Não se inclui, portanto, de modo explícito e direto, nem na lógica ampla do crime organizado (Lei 12.850/2013), nem no recorte restrito do terrorismo (Lei 13.260/2016), o narco-coercitivismo típico brasileiro. Sabidamente caracterizado por ameaças e execuções de autoridades, imposição de ordens locais, comercialização de serviços, bloqueios (barricadas e controles), toques de recolher e zonas de silêncio. Trata-se de fenômeno ainda sem definição legal própria inalcançável por parágrafos qualificantes ou causas de aumento, que suscitaria mais dúvidas quanto à segurança jurídica.

Pode-se, entretanto, sustentar que a Lei de Organização Criminosa funciona como um gênero, um mote inicial do estudo, e que, quando a atuação visa constranger o Estado e a população para além do ganho econômico, aproximar-se-ia do terrorismo, espécie que, todavia, exige aquelas motivações distintas da puramente financeira. O essencial ânimo de lucro é, portanto, o outro elemento que reforça o afastamento da organização criminosa do terrorismo. Mas os narcotraficantes das comunidades - v.g., do Comando Vermelho - têm apenas o interesse financeiro como motivação? Estariam eles organizados exclusivamente para obter vantagem econômica?

Quer nos parecer claro desde o início que não há motivação de raça, cor, etnia ou religião por trás das empreitadas faccionais. Entretanto, impressiona o sentimento de pertencimento à facção descrito por William da Silva Lima⁸⁷ em *Quatrocentos contra um: a história do Comando Vermelho*. Ali se relata – como já pontuado – que o Comando Vermelho surgiu

87 Lima, William da Silva. *Quatrocentos contra um: a história do Comando Vermelho*. Rio de Janeiro: ANF, 2016.

da reação de presos às condições carcerárias no Brasil, com reivindicações por melhorias. Ou seja, a origem não é financeira. À luz da subcultura criminal (Cohen), há rationalizações que ajudam a explicar por que indivíduos se dispõem a morrer em defesa do nome de uma facção.

A discussão da motivação para além do financeiro passa pela psicologia das massas (Freud): gregarismo, pertencimento e solidariedade criam vínculos afetivos com a facção, a ponto de alguns se disporem a morrer pela “causa”. Mecanismos psíquicos (identificação, idealização, desindividualização) e móveis sociais (status, reconhecimento, proteção) alimentam uma criminalidade de grupo que alavanca as facções brasileiras de modo peculiar.

Na Criminologia⁸⁸ (escola sociológica do consenso), a associação diferencial (Sutherland) indica que o sujeito aprende técnicas, motivos e rationalizações pela convivência; a anomia (Merton) explica a expansão do crime onde faltam oportunidades legítimas e falha o Estado, permitindo a proliferação de normas patológicas. Em ambas, há adaptações ao grupo que ultrapassam a variável financeira - muitas vezes por escassez de alternativas e garantias mínimas de sobrevivência.

Nas abordagens do conflito, destaca-se o labelling approach (etiquetamento): a pessoa internaliza o rótulo social atribuído e age conforme a identidade imposta. Não se postula “criminalidade intrínseca”, mas a construção social do desvio. Assim, o rótulo “Comando Vermelho” produz expectativas coletivas e trajetórias conformes - o grupo tende a corresponder ao que dele se espera, reforçando coesão e persistência.

É evidente que o quadro violento da criminalidade organizada inclui indivíduos com perfil de psicopatia individual (transtorno de personalidade antissocial⁸⁹), o que autoriza cogitar também uma psicopatia organizacio-

88. Shecira, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3^a. Edição. São Paulo: RT, 2011, páginas 149 e ss.

89. O transtorno de personalidade antissocial (DSM-V 301.7, F60.2) abarca a psicopatia e a sociopatia.

Caracterizam-se principalmente pela violação de regras sociais com agressão, destruição de propriedade, fraude, roubo e ocupações ilegais. São manipuladores, cínicos e teatrais, como de resto todos os outros tipos de transtornos do cluster b (narcisistas, histriônicos e borderlines). Demonstram pouco remorso ou serem completamente indiferentes pelas consequências de seus crimes. Nem todo criminoso é, entretanto, psicopata e nem todo psicopata é criminoso, não se pode generalizar. Mas, certamente, entre os faccionados há psicopatas. Ver DSM-V, tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento et all., 5^a. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 659 e ss. e ABREU, Michele O. de. *Da Imputabilidade do Psicopata*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

nal: lideranças frias, normas rígidas de lealdade e gestão pelo medo. As dinâmicas grupais operam por desindividualização e racionalizações morais dissociadas do status quo.

Portanto, a motivação criminosa pelo viés facção é muito mais complexa do que meramente financeira.

Se a facção assumisse motivação sociopolítica ou religiosa, em tese, poderia haver deslocamento para terrorismo e não mera criminalidade. Contudo, no direito brasileiro vigente, o vetor político do terrorismo foi especializado: exige razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou religião, além da finalidade de provocar terror social ou generalizado. Esse requisito diferencial impede, portanto, a transposição das facções para o tipo de terrorismo. Estamos, entretanto, numa zona limítrofe e cinzenta de motivação mista que destoa da lei de terrorismo e é simplificada pela lei de organização criminosa.

Casos paradigmáticos como 11 de setembro de 2001 (Nova York) e o ataque ao Charlie Hebdo evidenciam motivação ideológica explícita. Já o Unabomber (Theodore Kaczynski), embora classificado como terrorista, não se amoldaria ao tipo brasileiro atual, pois sua motivação (crítica à sociedade tecnológica) não coincide com as razões discriminatórias taxativas previstas na nossa lei.

Se, por um lado, classificar o CV como “terrorismo” pode ser um erro, por não se vislumbrar prima facie a finalidade político-ideológica exigida em lei, por outro lado precisamos avançar para cogitar finalidade mista: para além do lucro imediato, há gregarismo interno e coerção coletiva local com início de viés político (limitação de liberdades, execuções, sabotagens de infraestrutura). O CV busca vantagem econômica numa lógica semi-empresarial, mas não se esgota nisso. Reduzir a facção a finalidade meramente econômica é ignorar elementos de coação política e adotar um conceito irrealista que distancia da solução. A motivação do CV, portanto, excede a dimensão puramente financeira. Como conclui Shimizu⁹⁰:

“A perspectiva do enfrentamento e o risco à própria vida parecem menos dissuasórios quando se está submerso em um sentimento de

90. Shimizu, Bruno. *Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas*. São Paulo: IBCCRIM, 2011, p. 224.

onipotência, disposto a sacrificar-se pelos ideais da massa, tendo reduzida a capacidade de sopesar as consequências dos próprios atos. Sacrificar-se não é o fim de tudo quando se é apenas parte de algo maior. Morrer não é assustador para quem já perdeu sua noção de individualidade. O modelo teórico apresentado, cotejando a teoria psicanalítica e o fenômeno das facções, pretendeu demonstrar que a formação desses grupos é resultado da atuação traumática por parte do Estado penal, que reaviva a reminiscência da violência fundamental. Quanto à dinâmica e ao funcionamento das facções, vê-se que, por estarem seus membros ligados por laços emocionais tão estreitos, explicados por Freud por meio dos conceitos de identificação e de libido de fim coartado, a falta de liberdade é a tônica dessas massas. Assim, as facções não são grupos de resistência, mas, ao revés, mostram-se como grupos de reprodução da opressão que esteve na base de sua formação. (...) Do ponto de vista da formação das facções, parece ter ficado claro que, se tais grupos são fruto da violência institucional, o acirramento da mesma violência dos órgãos do Estado nada mais fará que aprofundar o problema, atualizando sucessivamente a reminiscência fundamental da violência humanizante.”

Em síntese, a motivação é multifatorial: entra-se por pertencimento, status, reconhecimento, identidade, aprendizagem social (Sutherland), anomia (Merton), psicodinâmica de massas (Freud), rotulação (labelling), atração afetivo-sexual, trauma, raiva, busca de aventura, pelo mercado de drogas e, também, móveis financeiros. Permanece-se por outros (status, proteção, pertencimento, vínculos afetivos, barreiras de saída). De forma que reduzir isso a motivação meramente financeira é se distanciar do fenômeno distorcendo as políticas públicas necessárias. A motivação é, no mínimo, mista.

Estado e facções reforçam ligações traumáticas oriundas do Estado penal e policial. Laços emocionais estreitos horizontais (entre pares) e a identificação vertical com lideranças (admiração) e essa relação espinhosa com o Estado são fatores agregadores quase sempre ignorados. A motivação é pouco tratada na legislação de organização criminosa e não é capturada pelo tipo de terrorismo quando inexistem “razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião”.

Eventualmente, de modo intermitente, organizações criminosas podem até operar como poder paralelo com viés político: ainda que não substituam o Estado e mantenham propósito financeiro, impõem normas, restringem a liberdade de ir e vir, regulam e cobram “serviços” básicos (gás, internet, transporte, coleta de lixo, “segurança” etc.). Há um micro-controle. Esse contrapoder econômico, político e cultural é imposto pelas facções e, por vezes, parcialmente aceito por parcelas da população. Assim, ultrapassa-se a noção de mera “criminalidade econômica”. Conclui-se que, entre os conceitos de organização criminosa e terrorismo, há um vácuo conceitual por não alcançar a complexidade das facções.

O Comando Vermelho não se reduz à categoria de “crime organizado”. Trata-se de fenômeno mais amplo, que envolve armas longas, emprego de drones, bloqueios e gestão territorial; não é apenas “tráfico de drogas”. Tampouco se enquadra como terrorismo, por não preencher as finalidades tipificadas em lei. Há, ainda, captura institucional: corrupção e sequestro de agências estatais, financiamento político setorial e interações com o poder público - fatores que dificultam sua extinção justamente pelas externalidades políticas do crime.

Entre o crime organizado clássico e o terrorismo estrito, delineia-se, pois essa zona cinzenta: a criminalidade de coerção territorial, em que lucro e poder político local caminham lado a lado. É aí que se situa a facção. A terminologia “facção criminosa”, seguindo Bruno Shimizu⁹¹, se define como:

“Grupos de pessoas em que se verificam relações de solidariedade e gregarismo, surgidos nos presídios brasileiros e fundados prioritariamente sob o lema da defesa dos interesses da comunidade carcerária, tendo a prática de atos tipificados em lei como crimes como um de seus modos de atuação dentro e fora dos presídios.”

À definição de Shimizu é preciso agregar a peculiaridade brasileira do domínio territorial, aproximando o conceito da realidade empírica. Propõe-se, como categoria descritiva, a criminalidade de coerção territorial, que evita tanto a overcriminalization do tipo “organização criminosa” quanto a analogia in malam partem pela via do terrorismo. Caracteriza-se por:

91. *Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas*, São Paulo: IBCCRIM, 2011, pp. 83–84. Ver Cap. 1, item 6.

- a) Domínio territorial estável (controle);
- b) Imposição normativa local (regras, sanções, “serviços”);
- c) Exploração econômica associada a finalidade de coerção coletiva;
- d) Ataques/sabotagens a serviços essenciais como instrumento de controle;
- e) Gregarismo e solidariedade faccional.

Portanto, sugerimos o conceito seguinte:

Facção criminosa é o agrupamento estável de pessoas, originado ou estruturado no cárcere, coeso por vínculos de solidariedade e gregarismo, que atua dentro e fora dos presídios mediante prática reiterada de crimes, exercendo domínio territorial com imposição normativa local e exploração econômica orientada à coerção coletiva.

Essa definição não é plenamente capturada nem pela Lei 12.850/2013 (excessivamente genérica) nem pela Lei 13.260/2016 (deliberadamente restrita), e exige respostas jurídico-institucionais específicas, integradas à pós-ocupação (presença estatal contínua, serviços e regulação). Tudo isso sob cláusulas garantistas: legalidade, proporcionalidade, controle judicial e cadeia de custódia.

Por isso mesmo, o PL 5.582/2025 (“antifacção”), tal como tramita na Câmara, traz tipificação com especificidade do fenômeno territorial. O referido PL distingue “facção criminosa” quando há controle de território/atividade econômica mediante coação e eleva penas (8–15 anos). Reconhece, pois essa especificidade que chamamos de “criminalidade de coerção territorial” sendo um avanço, apesar de muitos retrocessos, como apontaremos.

O exercício desse poder territorial de fato pelas facções em áreas específicas implica soberania? Ou estamos diante apenas de um déficit de exercício do monopólio legítimo da força pelo Estado?

3. Soberania fragmentada? Hobbes, Rousseau, Weber, Canotilho e a realidade brasileira

A palavra Estado deriva do latim *status* (posição, ordem) e remete à organização e ao exercício do poder. Em seu núcleo mínimo, é uma forma

histórica de sociedade politicamente organizada. Para fins funcional-analíticos (não cronológicos ou exaustivos), interessa cotejar quatro eixos para se chegar à conclusão. Começamos com Hobbes, para quem a razão de ser do poder comum é pacificar e conter a violência - função que o Estado brasileiro falha em cumprir. Depois, Rousseau, que introduz o consentimento e a autolegislação - dimensões ausentes nas áreas dominadas por facções. Weber, com o monopólio legítimo da força - chave para indagar se vivemos uma “soberania em ilhas”. Então, alcançarmos Canotilho, cuja dogmática povo-território-soberania, é um teste jurídico a indagar se atualmente Estado brasileiro tem o exercício do poder interno.

Em síntese, será que o entrelaçamento entre Leviatã pacificador (Hobbes), contrato social e liberdade civil (Rousseau), o monopólio da força (Weber), e os elementos constitutivos da doutrina moderna apontam para uma erosão conceitual e efetiva do exercício soberano no Brasil? É correto dizer que o Brasil não é soberano nos territórios comandados pelas facções? As facções exercem um poder paralelo ao Estado? Em que isso contribui para compreender melhor o fenômeno criminal?

3.1. Hobbes: do estado de natureza à paz civil pelo Leviatã

Thomas Hobbes, o mais antigo desses estudiosos, partiu do estado de natureza, condição de insegurança crônica, de “guerra de todos contra todos”, em que faltam poder comum e organização. Para superar tais precariedades, firma-se um pacto de sujeição e institui-se o monstro Leviatã, que pacifica e contém a violência. O objetivo é cessar a guerra e daí decorre a legitimidade do ente estatal⁹².

Para Hobbes, então, a razão da existência do Estado é impedir o extermínio de todos contra todos pela guerra. A guerra generalizada é o “estado de natureza”. Sem ordem, sem um poder comum, não há pacificação. O Estado surge para reprimir essa desordem e controlar a violência generalizada. O pressuposto exigido é um pacto entre os indivíduos: eles abrem mão de parcela de sua liberdade para que o Estado assegure a paz.

92. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 143.

No Brasil, tolhe-se a parcela da liberdade do cidadão pelo Estado e pelas facções criminosas concomitantemente, mas o cidadão não obtém a paz. Vivem em meio a Leviatãs que o tratam como marionete, ora diante da incompetência, ora diante da violência. Em Hobbes, portanto, Estado sem monopólio coercitivo não cumpre sua função. Nesse aspecto, as facções impedem a força central, dividindo o monopólio capaz de impor obediência, de forma que o conceito inaugurado em *O Leviatã* ("Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civil", 1651) ainda não foi efetivado nessas comunidades, havendo uma vivência perene no estado de natureza, isto é, na guerra.

3.2. Rousseau: contrato social e liberdade civil

Para Rousseau⁹³, no capítulo intitulado "A Soberania é Indivisível", aponta que

"Pela mesma razão porque é inalienável, a soberania é indivisível, visto que a vontade ou é geral ou não o é, ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte."

O problema político fundamental é a proteção das pessoas e bens sem anular a liberdade, a concordância entre a liberdade e a obediência que decorre do pacto social:

"Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Esse é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social"⁹⁴.

Rousseau explicita o fundamento consensual da ordem política: a autoridade pública nasce desse pacto social. A obediência às leis é, assim, obediência ao que esse pacto convencionou - uma forma de autolegislação. Não se trata apenas da necessidade de um poder que pacifique, mas – além - de um poder legítimo pelo pacto político, que proteja cada cidadão e seus bens contra qualquer agressão.

93. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 34.

94. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 19.

A questão em Rousseau é a liberdade e a autoparticipação: a ordem deve decorrer da vontade geral dos governados.

Na realidade brasileira sob comando de facções, não se poderia entendê-las como Estado legítimo: não basta evitar a guerra interna (Hobbes); é preciso que a obediência às regras seja compatível com liberdade política. Tal liberdade, evidentemente, não existe nas comunidades dominadas pelo tráfico, pois as regras são impostas por coação e violência, nunca pelo consenso do pacto.

3.3. Weber: monopólio legítimo da força e aceitação da dominação

Para Weber⁹⁵:

“(...) o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território. Note-se que território é uma das características do Estado. Especificamente, no momento presente, o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas apenas na medida em que o Estado o permite. (...) Como as instituições políticas que o precederam historicamente, o Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Para que o Estado exista, os dominados devem obedecer à autoridade alegada pelos detentores do poder.”

Numa leitura superficial, poder-se-ia compreender que o núcleo do conceito é a força em si; não: o núcleo é a sua legitimidade, isto é, a aceitação da validade da ordem de dominação pelos dominados. Não se trata, aqui, de juízos morais sobre o que o Estado “deve” fazer, mas da crença efetiva na legitimidade pelos comandados. Weber formula uma definição de estrutura estatal que coloca o conceito, perigosamente, na berlinda do Brasil das facções. Se o Estado é a comunidade humana que, dentro de um território, reivindica com êxito o monopólio do uso da força física, basta a legitimidade da população para se efetivar o conceito.

95. WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. Quinta edição Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982, páginas 98 e 99.

O que impede, pois, chamar de Estado as facções criminosas nos aglomerados por elas dominados é que a questão central, em Weber, não é a mera posse de força (que possuem), mas a sua legitimidade (que não alcança a maioria da população local, para dizer o mínimo). Significa dizer que, se ocorresse o reconhecimento pelos dominados das facções como legítimas, a ordem de dominação estaria completa e válida.

Dois pontos são centrais: (i) Weber não se interessa pelo “o que o Estado deve fazer” (garantir paz, assegurar propriedade...); (ii) a questão sociológica prepondera, e ele dá holofote à essa legitimidade. Não se discute ética - e, em regressão histórica, podem-se pesquisar críticas quanto à capitulação no regime nazista. De fato, importa menos a moralidade e mais se o poder é aceito por quem é submetido.

No contexto brasileiro, o Comando Vermelho consegue exercer força, submeter e cobrar obediência, mas ainda não obtém aceitação estável - isto é, legitimidade - dessa obediência dentro da comunidade territorialmente delimitada. Dessa forma, para fins sociológicos, faltaria esse elemento para que tal ente desempenhasse função estatal.

3.4. Canotilho: elementos constitutivos - povo, território, soberania

Na dogmática constitucional moderna, a definição estrutural do Estado exige território, povo e soberania. São os elementos nucleares do ordenamento jurídico-político:

“Desde o século passado (cfr. infra, cap. 2º) que o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica (a última para os modernos, porventura a penúltima para os pós-modernos) de um ordenamento jurídico geral (GIANNINI) cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: (1)-territorialidade, isto é, a existência de um território concebido como “espaço da soberania estadual”; (2)-população, ou seja, a existência de um “povo” ou comunidade historicamente definida; (3)-politicidade: prossecução de fins definidos e individualizados em termos políticos.”⁹⁶

96. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 14.

A característica do Estado moderno, portanto, é o exercício do poder supremo sobre um povo e em um território.

Em diversos aglomerados brasileiros, há limitações em relação ao território. Será que há perda da titularidade soberana e assim o conceito de Estado é atingido?

3.5. Realidade brasileira: Estado paralelo e micro-soberanias?

Sob o ângulo hobbesiano, estamos diante de um estado de natureza violento. O Estado oficial já não consegue garantir a paz civil; ao contrário, quando adentra nessas áreas, a violência se multiplica. As facções também não têm como preocupação primária manter a paz, ainda que, ocasionalmente, o façam. Em Rousseau, há ruptura do pacto social: a ordem aplicada não expressa necessariamente a vontade geral de uma população que está abandonada pelo Estado, que só comparece para cobrar ou policiar. Não há proteção efetiva das pessoas nem de seus bens. Para Weber, desponta questão ainda mais profunda: até que ponto as facções detêm - e em que medida são reconhecidas como detentoras - do monopólio legítimo da força nesses territórios?

Como visto, Weber não exige moralidade nem legalidade, mas aceitação fática. Se o morador, por puro cálculo de sobrevivência, obedece à facção e se distancia da polícia - esporádica e sem permanência como força estatal - há reconhecimento de que a facção, na realidade, detém o poder. Trata-se, ao menos, de indício sociológico de deslocamento da legitimidade de fato. Isso é devastador para o conceito de soberania e confirma o já concluído: não há monopólio de poder do Estado brasileiro. Canotilho diria que território e povo não estão plenamente sob uma única soberania: configura-se uma zona de soberania fragmentada. O território é controlado por atores armados não estatais, e a população fica sob seu jugo, como se fossem as autoridades; a normatividade decorre desses atores, que ditam o que pode e o que não pode.

Não se trata de guerra civil clássica, pois não há dois polos beligerantes estatais. Aproxima-se, antes, de um conflito polinuclear dentro

do Estado - entre este, facções e milícias - pelo controle territorial e pela capacidade de subjugar a população aos seus ditames. O povo parece ser o que menos importa: a questão é de dominação e exploração, quase como escravidão coletiva dos tempos modernos. Em qualquer ângulo, cumpre indagar, à maneira weberiana, se há (ou não) aceitação social suficiente dessa dominação - estatal ou faccional - dado que o contrato social foi há muito rompido. Não possuímos dados metodológicos para responder; urge investigação empírica sobre as crenças de legitimidade nesses territórios, ou seja, ouvir a população.

Uma linha de máxima gravidade ficou para trás há muito tempo: vive-se uma anomalia institucional grave. Não é tecnicamente, entretanto, “território estrangeiro”, “Estado paralelo” ou exclusão pura da soberania, mas, sim, uma simbiose com o Estado, uma forma de convivência adaptativa. Nesse sentido, registra Mingardi⁹⁷:

“...por causa dessas regiões onde o Crime Organizado é mais visível do que o aparelho do Estado, as chamadas zonas liberadas, criou-se uma teoria errônea, que dão ao crime organizado o status de um Estado Paralelo. Linhas paralelas, segundo qualquer dicionário, são aquelas que nunca se encontram. (...) Para refutar isso basta notar o grande número de funcionários públicos de todos os escalões que são acusados de manterem relações com organizações criminosas. Em nenhum momento estas organizações puderam prescindir de um apoio de setores do Estado.”

Fica claro, portanto, que há conexão com o Estado - e não exclusão do Estado - nesses territórios. Existem múltiplas áreas urbanas no território brasileiro em que facções criminosas (incluídas as milícias) exercem atividades e impõem normas (inclusive de vida e de morte), cobram taxas, controlam rotas e serviços (transporte, internet clandestina, gás), ditam padrões culturais, erigem zonas de silêncio, retiram pessoas de suas casas, cometem toda sorte de violências - muitas, talvez, sequer conhecidas. Os alarmistas propalam tratar-se de um “Estado paralelo” ou de “micro-soberanias”, para justificar o tratamento como “inimigos” e alcançar uma legislação exclusiva. Sem dúvida, há intervenção intensa do crime organizado em seus territórios; contudo, numa análise empírica simples, observa-se

97. MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 64-65.

que não chega a substituir o Estado nem a exercer monopólio soberano. A situação é mais complexa do que a simples dicotomia “bom x mau”. Persiste uma simbiose entre facções e Estado, relação difusa permeada por corrupção e aquiescência de determinados setores estatais e sociais. Nesses espaços, a legitimidade do uso da força é concorrente e, via de regra, aparece sobretudo para cobrança e violência, tanto por parte das facções quanto por parte do Estado quando ali intervém. Assim, fragmenta-se faticamente o território no exercício sócio-político-jurídico do poder. O Estado se mostra débil, mas não inexistente. Em linha semelhante, o estudo alemão de Hassemer⁹⁸ aproxima o crime organizado de outras manifestações criminosas justamente por sua proximidade com o aparelho estatal. A criminalidade organizada

“...não é apenas uma organização bem feita, não somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da política, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade.”

Em suma, o crime organizado subsiste pela venalidade estatal: quem deveria combatê-lo fica paralisado por cooptação de agentes públicos. A convivência estável com práticas como o jogo do bicho, em inúmeras cidades brasileiras, ilustra essa simbiose parasitária: o crime organizado precisa do Estado para sobreviver e não subsistiria sozinho.

Mesmo dentro dos presídios, sabe-se empiricamente da necessidade de colaboração da massa carcerária com a direção para que as regras sejam cumpridas; com isso - muitas vezes - a direção abre mão de normas rigidamente estabelecidas para conseguir controlar o espaço. Há negociação e concessão⁹⁹.

É claro que a solução passa pela conquista do território, elemento da soberania estatal; porém, quando a polícia entra e “reconquista” a área, via de regra se retira, e imediatamente o território é “rereconquistado” pela facção ou - pior - fortalece-se a facção rival, que dali se apodera com a “ajuda indireta” do Estado. De qualquer forma, o crime organizado volta a constituir ilha de soberania pela omissão estatal. Só a polícia, espora-

98. HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993, p. 85.

99. V. SHIMIZU, p. 90.

dicamente, comparece como representante do Estado nesses espaços - e polícia sozinha é muito pouco (para não dizer contraproducente) e negativa à reconquista da legitimidade do poder no território, pelos traumas que produz. O Estado deveria ocupar e permanecer, exercendo soberania, para que - mesmo após a saída da polícia - ali continuasse sendo Brasil. Por que isso não ocorre? Falta legislação ou políticas públicas?

4. Política criminal: legislação criminal de emergência

Os direitos fundamentais em operações policiais são de difícil controle. Análises sobre a legalidade, proporcionalidade do uso da força, devido processo legal, cadeia de custódia são frequentemente relegados a segundo plano. Claro que a situação é complexa, mas, juridicamente falando, gera insegurança.

Os meios de comunicação têm grande responsabilidade também no quadro ao propalar situações alarmantes. Nesse embalo da mídia, partidos políticos, conversas de bar, universidades, ONGs e setores da esquerda punitiva e da direita autoritária convergem para que o Legislativo crie novos crimes, aumente penas e restrinja direitos e garantias individuais sob a alcunha de combate à violência. Aproxima-se, assim, da doutrina do Direito Penal do Inimigo de Jakobs¹⁰⁰ ao conceituar o “não-alinhado” de modo distinto em detrimento do fato. Quer dizer, se julga mais o autor do fato do que o fato do autor:

“O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (crimiosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (crimiosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o Direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.”

O grave problema dessa teoria é o de julgar a pessoa e não o fato, pois. Limita-se a dignidade da pessoa humana enquanto tal.

Dessa forma, políticos que vão às redes sociais propor aumento de pena como resposta “dura e eficaz” à criminalidade praticam verdadeira

100. JAKOBS, Günther. Ciência do direito e ciência do direito penal. Trad. por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. Volume 1, p. 57.

confusão legislativa, pois agravar penas como uma resposta eficaz à criminalidade é um devaneio. Alguns – infelizmente parece ser a maioria – de políticos e jornalistas alimentam um clima terrificante, ampliando a sensação de insegurança e de medo generalizado. Instala-se o pânico e surgem soluções mágicas: a crença de que mais repressão e mais pena fariam justiça às vítimas e se diminuiria a violência. A fórmula é tentadora - “há violência; o Direito Penal combate a violência; logo, mais pena trará menos crime” -, mas não se sustenta empiricamente. Sobre esse rastro, retiram-se direitos e garantias individuais. Cria-se uma ansiedade punitiva que não funciona e deságua em incursões violentas, com mais mortes e mais insegurança que alimenta novamente o discurso punitivo e exclusivo.

As leis emergenciais significam exatamente isso: em nome da segurança, desvia-se da Constituição e dos princípios penais. A cada “emergência” - violência contra mulheres, pessoas homossexuais, população negra, crianças, moradores etc. - produz-se um Direito Penal Frankenstein, não uniforme, distante de um sistema racional, com penas desproporcionais, que prende muito, prende mal e – muitas vezes – errado produzindo injustiças. O sistema entra em colapso e aprofunda a insegurança, enquanto oportunistas continuam a vender, à surdina, a ideia de que aumentar penas reduz o crime. Resultado: um Direito Penal cada vez menos garantista, que pune inocentes, numa histeria de “vencer o mal” por meio de leis que diminuem direitos e ampliam crimes e penas. Em muitos quadros, já basta a acusação. Trata-se da formalização de um Direito de exceção obcecado pela “eficiência punitiva”, em prender rápido e simbolicamente, independente do custo de princípios seculares.

Em estudo de caso bastante semelhante à “emergência” erigida como justificativa para quebrar garantias, Ferrajoli¹⁰¹ conclui que o Direito Penal produzido na Itália para enfrentar terrorismo e criminalidade organizada contrasta com os princípios do Estado de Direito, convertendo-se em “justiça política”, decisionista e inquisitória. Fundada na lógica amigo/inimigo e movida pelo mesmo consenso volátil da opinião pública, cria um direito penal “especial”, no sentido de fora do sistema. Aprofunda-se na distorção substancial e subjetiva. Ferrajoli denomina isso de uma justiça política assim:

101. FERRAJOLI, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 655.

“O direito penal produzido na Itália para enfrentar a emergência do terrorismo e da criminalidade organizada é, indubitavelmente, sob mais de um dos pontos perfilados, contrastante com os princípios do Estado de direito. A mutação de sua fonte de legitimação externa - a razão de Estado e o critério pragmático do fim na luta contra a criminalidade, ao contrário das regras do Estado de direito em torno aos meios e aos seus vínculos garantistas - em muitos casos produziu uma justiça política alterada na lógica interna em relação aos cânones ordinários: não mais atividade cognitiva baseada na imparcialidade do juízo, mas procedimento decisionista e inquisitório fundado no princípio do amigo/inimigo e apoiada, para além da estrita legalidade, no consenso da maioria dos partidos e da opinião pública. Esta lógica penetrou em todos os momentos do mecanismo punitivo: na legislação, na jurisdição e na execução penal. E consente falar de um direito penal especial - especial quanto às figuras criminosas, especial quanto às formas de processo, especial quanto ao tratamento carcerário - e caracterizado sob todos os três aspectos por uma pesada distorção substancial e subjetiva.”

Quer dizer, há uma razão política sobreposta à razão jurídica - e a razão política não tem forma nem garantias contra o poder do Estado. Ela é amorfia, emocional, impulsiva e reativa. Importa apenas o resultado: prisão ou morte, precedidos de rupturas da normalidade, com reações afoitas, sem técnica, sem respeito aos princípios legislativos, sem inteligência sistêmica, nas mais das vezes intuitivas e sentimentais, que alimentam o caos e a desorganização social. Na verdade, as incursões policiais de alta letalidade e a legislação do pânico são filhas da mesma mãe, galhos do mesmo tronco: o sistema penal performático, ideológico. Na visão de Beck¹⁰²:

“... distante de qualquer racionalidade e da necessidade de interação com outros sistemas de controle social, o direito penal emergencial busca legitimar-se nas ideias de medo e eficiência. Aliás, eficiência e garantia, diante do quadro atual, parecem ser temas antagônicos do sistema penal. (...) o direito de exceção é o caminho mais fácil a possibilitar uma (falsa) ideia de resposta pronta e imediata ao “mal” do crime organizado, mesmo que isso signifique o desmantelamento de direitos e garantias fundamentais e de princípios do Estado Democrático de Direito.”

102. BECK, Fancris Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*, São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 99–100.

Como resposta à megaoperação, já surgem normas como a Lei 15.245/2025, voltada à obstrução/ameaça contra agentes e envolvidos em ações contra o crime organizado com aumento de pena e distinção na execução penal (reclusão de 4 a 12 anos, com início do cumprimento em presídio federal).

Paralelamente, tramita o PL 5.582/2025 (“Antifacção”), que cria o crime de facção criminosa (pena de 8 a 15 anos, com patamar superior para liderança), amplia infiltração e monitoramento e propõe instrumentos econômico-financeiros. Até 11/11/2025, o projeto estava em discussão na Comissão Temporária da Câmara, com substitutivos circulando (há versões que agravam terrorismo para 30–40 anos), sinal claro de overreach. Ainda não é lei vigente, mas confirma a expectativa do movimento performático tipicamente brasileiro de aumento de penas e redução de garantias individuais como formas eficazes de combater o crime.

Entre os pontos críticos do PL, destacam-se o perdimento “extraordinário” de bens com absolvição/arquivamento - se a pessoa foi absolvida, como fundamentar a perda de bens? Assusta também o acesso e retenção massivos de dados sem ordem judicial; a infiltração por “colaborador”; o monitoramento de comunicação preso–visitante, possibilitando inclusive ao advogado; a hipertrofia de prazos; a criação de um Banco Nacional de Facções muito estigmatizante e passível de erro sistêmico (labeling) que certamente irá fundamentar acusações perpétuas e condenações “cíclicas”.

Um debate sério deveria deslocar o foco do agravamento simbólico de penas para no aspecto jurídico: métricas de desempenho investigativo, integridade da prova (cadeia de custódia), sufocamento patrimonial com dueprocess e governança prisional. Ao invés disso, reproduz-se o discurso punitivo, de legislação “mágica” que tembaixo impacto sobre as facções. Ou alguém crê que lei nova vá produzir reflexão nos integrantes do Comando Vermelho que estão portanto nesse momento um fuzil?

A legislação midiática e autoritarismo punitivo - que não soluciona problema, como já se viu com a Lei de Drogas, a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei Maria da Penha - cria uma consequência gravíssima: coloca as expectativas sociais de aumentar a punição irracionalmente acima das garantias individuais conquistadas ao longo de séculos. Isso representa o

fim do Direito Penal em dois sentidos. Primeiro, quanto à sua finalidade precípua: garantir as individualidades. Segundo, quanto ao seu término e decorrência do primeiro fim: a essência do Direito Penal é limitar o poder punitivo, e não fundamentar a punição, apesar de o fazer. Embora se tenha a impressão inicial de que o Direito Penal existe para punir e proteger bens jurídicos - o que é correto -, não se pode mitigar que ele existe precipuamente como limite ao poder do Estado. Sua função primeira é conter esse poder¹⁰³. O Direito Penal resguarda todas as pessoas - inclusive, e sobretudo, as não criminosas - contra perseguições de inimigos e falsas acusações, assegurando que não sejam punidas erroneamente.

A política criminal brasileira, porém, tem privilegiado leis simbólicas que enfraquecem o Direito Penal ao desvirtuá-lo da sua real natureza limitativa estatal. Antecipações de punições, aumento de penas, inversão do ônus da prova, banalização do processo, ampliação das hipóteses de prisão preventiva distantes de fatos concretos são modelos mais inquisitoriais do que propriamente democráticos. Tudo isso é contraproducente e ineficaz. Como o “remédio” não funciona, repete-se o mesmo caminho, fruto da explícita incompetência e da falta de conhecimento dos legisladores. Apostam em uma solução imediatista, mais fácil e barata do que o estudo das causas reais da criminalidade.

Do mesmo modo, recorre-se à resposta policial como panaceia contra o crime organizado - o que é não só ilusório como trágico, como temos visto. A criminalidade organizada não se controla apenas com policiamento ostensivo. Ela se alimenta do vazio institucional do Estado: a polícia entra para enfrentar a facção numa comunidade, mas, ao sair, o território volta a ficar desguarnecido. E o vazio não é apenas territorial, é institucional.

Há ainda o envolvimento com o poder público, a ausência de políticas sociais - fatores estruturais que muito mais fariam diferença a curto e longo prazo do que as intervenções meramente punitivistas.

5. Economia do crime e lavagem de dinheiro

Após o cometimento do delito, a facção usa de mecanismos para reintroduzir, no mercado formal, valores obtidos ilicitamente. Utiliza

103. Ver: BELO, Warley. *Da Aplicação da Lei Penal*. Joinville: Clube de Autores, 2015, p. 9-10.

empresas de fachada, negócios simulados e até atividades lícitas com superfaturamento ou serviços inexistentes, a fim de camuflar a origem dos recursos. Há, ademais, um componente estrutural de corrupção que envolve relações com o Estado.

As facções diversificaram receitas: drogas (varejo e atacado), armas, extorsões, controle de serviços locais, exploração imobiliária e comercial, financiamento político e fraudes (especialmente postos de combustíveis, motéis e hotéis). A moldura normativa central é a Lei 9.613/1998, cuja efetividade aumenta quando articulada ao COAF/UIF. Persistem, porém, setores pouco fiscalizados (postos, mercado imobiliário, atacadistas etc.) e uma simbiose com o poder público cuja corrupção permite movimentações atípicas.

O PL 5.582/2025 (“Antifacção”) aprofunda em certa medida nessas questões, mas introduz uma figura perigosa do perdimento de bens “extraordinário” mesmo após absolvição/arquivamento, invertendo a lógica do devido processo e colidindo com a presunção de inocência:

“Art. 144-D (...)

§ 2º Não provada a origem lícita do bem, valor ou direito, ou a correspondente inexistência de nexo com os crimes de que trata o art. 144-B, o juiz criminal decidirá, fundamentadamente, pelo seu perdimento extraordinário.

§ 3º O perdimento extraordinário de que trata o § 2º produzirá efeitos civis e poderá ser decretado pelo juiz criminal mesmo que sobrevenha:

I – sentença que julgue extinta a punibilidade dos crimes de que trata o art. 144-B; ou

II – decisão que arquive o inquérito ou as peças de informação, ou sentença absolutória quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de autoria.

§ 4º A decisão que decretar o perdimento extraordinário abrangerá também os bens, direitos ou valores não reclamados no prazo previsto no caput, ressalvados os direitos do lesado ou de terceiro de boa-fé.”

Trata-se de punitivismo performático, midiático - e ineficaz -, com alta probabilidade de excessos e de atingir inocentes. Não alcança o motor econômico das facções nem melhora a qualidade probatória; antes, revela desprezo pelos princípios constitucionais.

Saída mais racional: tornar auditável a informação do beneficiário final (postos, motéis, imobiliárias, fintechs), com supervisão simplesmente administrativa, e vincular o perdimento a lastro probatório robusto. Aumentar penas, antecipar punições, distorcer o sistema acusatório, presumir origem ilícita é corroer um princípio muito caro que é a presunção de inocência. Esses elementos de reprodução do “direito penal de emergência” para “mostrar dureza” só possuem um objetivo imediato de reeleição de políticos que – pretensamente – não conhecem os princípios penais.

Em síntese, sem garantismo penal, prova técnica e cadeia de custódia forte, qualquer “malabarismo” financeiro-forense é maquiagem performática. O eixo da solução não passa pela seara penal. O direito administrativo e tributário seriam muito mais eficazes em obrigar a identificação do beneficiário final e a supervisão efetiva. O velho intento de aumentar e antecipar as penas abstratas é discurso de consequências ruins para o sistema jurídico.

6. Conclusão

O Brasil convive, em parcelas do território, com coerção territorial sustentada por economias ilícitas, controle local de rotinas e intimidação coletiva. Facções resultam, em grande parte, de falhas históricas - sobretudo no sistema prisional. A retórica de “guerra ao crime” elevou a violência e o segregacionismo das facções. Em suma, décadas de leis e de atuação governamental equivocada levaram à constituição de grupos extremamente violentos que dominam território. Operações e leis midiáticas não resolveram - nem resolverão - um fenômeno de quase 80 anos, mesmo assim repetem o mesmo caminho equivocado de legislação.

Apesar de dominarem parte do território, não se pode falar em perda de soberania, atividade paraestatal ou substituição do Estado. Ocorre mais uma simbiose entre facções e Estado do que uma exclusão. As facções não sobreviveriam sem o Estado; no contexto atual, a corrupção garante sua sobrevivência. Assim, funcionam mais como entes parasitários do que como substitutos do Estado.

À luz de Hobbes, Rousseau e Weber, quando o monopólio legítimo da força é pluralizado, a soberania se fragmenta; restaurá-la exige capaci-

dade estatal contínua, sufocamento econômico e controle jurídico rigoroso. Só a polícia não vai resolver.

É necessária inteligência integrada com outros serviços públicos, para além da polícia; isto é, pós-ocupação estatal contínua (serviços, regularização, presença). Todos os entes federados devem atuar. À União cabe aprimorar a política de fronteiras e o combate às finanças ilícitas. Aos Estados, investigação qualificada, melhor gestão prisional, barreiras ao contágio faccional e presença pós-ocupação nos territórios com escolas e unidades de saúde. Aos municípios, investimento em saneamento básico, serviços, urbanismo de manutenção (iluminação, coleta de lixo, transporte).

O que não se pode admitir é a diminuição de direitos e garantias fundamentais. O Direito Penal é subsidiário do Direito Administrativo, Financeiro etc., e atua *ex post*. Sua hipertrofia, fora do sistema constitucional de princípios, fragiliza garantias e nada altera a violência; ao contrário, tende a agravá-la. A resposta deve ser garantista.

Devem-se evitar “leis de emergência” que surgem para simular eficiência governamental, mas que desrespeitam princípios básicos. Feitas às luzes da ribalta, criam tipos abertos e atentam contra um Direito Penal minimamente limitador do poder estatal, invertendo a lógica de sua existência.

A política criminal brasileira é desorientada, assistemática, excepcionaliza direitos humanos, obedece a “modismos” e não se submete muitas vezes aos princípios constitucionais. A primeira providência seria a sistematização das leis penais em conformidade com a Constituição.

O passo seguinte é apostar no diálogo: ainda que pareça um sonho distante e seja muito rechaçado, a saída passa por escutar a comunidade, as facções, os policiais, os envolvidos na realidade prática e buscar alternativas para além da via bélica. A escalada de violência será infinita se não houver uma tentativa inteligente de compreender o problema pela perspectiva de todos. Somente a polícia entrando nos territórios e a repressão penal não resolverá o problema porque se resolvesse, já teria resolvido.

7. Síntese das conclusões

a) O fenômeno central é a coerção territorial por facções.

- b) Não há perda de soberania, nem “estado paralelo”. Existe é um déficit de exercício da soberania pelo Estado.
- c) Facções sobrevivem por simbiose através da corrupção estatal. São parasitas e não substituem o Estado e nem têm capacidade para tanto.
- d) Megaoperações e leis de emergência são respostas performáticas, com baixo impacto na origem do problema.
- e) O foco deve migrar de aumento de penas para melhores técnicas investigativas, integridade probatória, garantismo e diálogo.
- f) Eixo de enfrentamento: sufocamento econômico com devido processo e rastreio do beneficiário final.
- g) Pós-ocupação estatal contínua (serviços) é condição de eficácia de combate à violência e “retomada” do território.
- h) Governança prisional anticontágio.
- i) Política de fronteiras internacionais para evitar entrada de armas e drogas.
- j) União, Estados e Municípios devem garantir infraestrutura urbana básica.
- l) Direitos e garantias não podem jamais serem relegados a segundo plano; o Direito Penal é subsidiário.
- m) Evitar tipos penais abertos e “legislação do pânico” que invertem o sistema acusatório.
- n) Adotar cadeia de custódia forte e controle judicial qualificado sobre medidas assecuratórias.
- o) Investir em diálogo e diagnóstico empírico local; só polícia e repressão não resolvem.
- p) Sugerimos o conceito seguinte de facção criminosa: é o agrupamento estável de pessoas, originado ou estruturado no cárcere, coeso por vínculos de solidariedade e gregarismo, que atua dentro e fora dos presídios mediante prática reiterada de crimes, exercendo domínio territorial com imposição normativa local e exploração econômica orientada à coerção coletiva.

Referências Bibliográficas

- ABREU, Michele O. de. Da Imputabilidade do Psicopata. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- BECK, Fancris Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- BELO, Warley. Da Aplicação da Lei Penal. Joinville: Clube de Autores, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- DSM-V, tradução de Maria Inês Corrêa Nascimento et all., 5^a. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre: FESMP, 1993.
- HOBBES, Thomas. Leviatã. Várias edições.
- JAKOBS, Günther. Ciência do direito e ciência do direito penal. Trad. por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003. Volume 1.
- LIMA, William da Silva. Quatrocentos contra um: a história do Comando Vermelho. Rio de Janeiro: ANF, 2016.
- MINGARDI, Guaracy. O Estado e o Crime Organizado. São Paulo: IBC-CRIM, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 3^a. Edição. São Paulo: RT, 2011
- SHIMIZU, Bruno. Facções criminosas (título e edição conforme obra utilizada).
- WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 2. Brasília: UnB, 1999.
- WEBER, Max. Ensaios de Sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

Legislação e atos normativos

- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.
- BRASIL. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (revogada pela Lei n. 14.197/2021). Lei de Segurança Nacional.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal.
- BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Prisão temporária.
- BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Crimes hediondos.
- BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da OAB.
- BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).
- BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Lavagem de dinheiro.
- BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas.
- BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações criminosas.
- BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet.
- BRASIL. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. Lei Antiterrorismo.
- BRASIL. Lei n. 14.197, de 1º de setembro de 2021. Crimes contra o Estado Democrático de Direito (revoga a LSN).
- BRASIL. Lei n. 15.245/2025: obstrução/ameaça contra agentes envolvidos no combate ao crime organizado.
- BRASIL. PL n. 5.582/2025 (“Antifacção”): altera Leis 12.850/2013, 9.613/1998, CPP, CP, LEP e correlatas (status: em tramitação na Câmara dos Deputados em 11/11/2025).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26 e MI 4.733 (julg. 13.06.2019). Equiparação de homotransfobia ao crime de racismo (parâmetros de tipicidade; impactos indiretos em leituras de motivação discriminatória).



INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT

Rua Domingos de Morais, 2781, cj 610 – Vila Mariana

São Paulo – SP – 40035-001

www.ibedaft.com.br



NOS SIGA NAS REDES SOCIAIS:



www.editoraimperium.com.br

ISBN 978-65-6090-060-8



9 786560 900608